

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**EL CONTROL EN LA ELABORACIÓN DE LOS EXPEDIENTES
TÉCNICOS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

ALONDRA ELIZABETH DAVILA VASQUEZ

ASESOR

PERCY ORLANDO MOGOLLÓN PACHERRE

<https://orcid.org/0000-0002-1360-2647>

Chiclayo, 2020

**EL CONTROL EN LA ELABORACIÓN DE LOS
EXPEDIENTES TÉCNICOS DE LAS ASOCIACIONES
PÚBLICO PRIVADAS**

PRESENTADA POR:

ALONDRA ELIZABETH DÁVILA VÁSQUEZ

A la Facultad de Derecho de la

Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo

para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Keiichi Oleshka Chirinos Fernández

PRESIDENTE

Leyla Ivon Vílchez Guivar de Rojas

SECRETARIO

Percy Orlando Mogollón Pacherre

VOCAL

DEDICATORIA

A mis padres: Juan Dávila y Karina Vásquez, por siempre apoyarme en cada reto que se me presenta y por impulsarme a ser mejor en todos los aspectos de mi vida, gracias a ellos hoy cumplo mi sueño de ser profesional.

A mi esposo: José Alberto Guerrero, por su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

A mis asesores: Dr. Percy Orlando Mogollón Pacherre y Dr. Lenin Mayorga, por su apoyo constante en la elaboración de la presente investigación, sin ellos no hubiera podido lograrlo.

A mis amados padres, Juan Dávila y Karina Vásquez, por su sacrificio y amor incondicional.

A mi hermano mayor: Anthony Dávila, quien siempre confió en mí, y celebró conmigo los pequeños logros que he conseguido en mi vida.

A mi amado sobrino Santiago, quien desde su llegada iluminó mi vida.

A mi gran amiga, Nicole Cervera, quien me enseñó el verdadero sentido de la amistad.

Finalmente, a mi esposo, por confiar siempre en mí y por impulsarme a ser mejor cada día.

RESUMEN

La presente investigación se denomina “El control en la elaboración de los expedientes técnicos de las Asociaciones Público Privadas”, la misma que tiene como objetivo principal proponer la participación de asesores externos como mecanismo idóneo para mejorar la elaboración de los expedientes técnicos de las asociaciones público privadas. En razón a ello, la presente investigación se ha estructurado de la siguiente manera: en el primer capítulo, se desarrollará la evolución histórica de las Asociaciones Público Privadas, así como las modalidades y las fases que comprende el proceso de promoción de la inversión privada, de cara a comprender lo sucedido en el caso del Aeropuerto de Chinchero-Cuzco; el segundo capítulo, abordará los aspectos generales de la responsabilidad administrativa en la que incurrirían los funcionarios de Proinversión teniendo en cuenta los principios del derecho administrativo sancionador y los principios de las Asociaciones Público Privadas, de la mano del rol que cumple la Contraloría General de República; y finalmente, en el tercer capítulo, se sustentarán las razones para establecer el control en las fases de estructuración y transacción en los expedientes técnicos de las Asociaciones Público Privadas. La modalidad de Asociaciones Público Privadas para el Estado peruano constituye una herramienta indispensable dado que, a través de la participación del sector privado, se ha logrado cubrir progresivamente las brechas de infraestructura y servicios públicos.

PALABRAS CLAVE: Asociaciones Público Privadas, Proinversión y Aeropuerto de Chinchero-Cuzco.

ABSTRACT

This research is called "Control in the development of technical files of Public Private Associations", the same as the main objective to propose the participation of external advisers as an ideal mechanism to improve the development of technical files of public private associations. For this reason, this research has been structured as follows: in the first chapter, the historical evolution of Public Private Associations will be developed, as well as the modalities and phases that the private investment promotion process comprises, in order to understand what happened in the case of the Chinchero-Cuzco Airport; The second chapter will address the general aspects of the administrative responsibility that Proinversión officials would incur, taking into account the principles of administrative sanctioning law and the principles of Public-Private Associations, hand in hand with the role played by the Comptroller General of the Republic. ; and finally, in the third chapter, the reasons for establishing control in the structuring and transaction phases in the technical files of the Public Private Associations will be supported. The Public Private Associations modality for the Peruvian State constitutes an indispensable tool given that, through the participation of the private sector, the gaps in infrastructure and public services have been progressively covered.

KEYWORDS: Public-Private Associations, Proinversión and Chinchero-Cuzco Airport.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	XIII
CAPÍTULO I: EL PROCESO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA MEDIANTE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS A PROPÓSITO DEL CASO DEL AEROPUERTO DE CHINCHEROS-CUZCO.....	16
1.1. Aspectos generales de la evolución histórica de la contratación estatal en el Perú.	17
1.1.1. Aproximación del concepto de las Asociaciones Público Privadas ...	28
1.1.2. Modalidades de desarrollo de una Asociación Público Privada en el sistema peruano.....	35
1.1.3. Clasificación de las Asociaciones Público Privadas	37
1.1.4. Naturaleza jurídica de los contratos de concesión bajo el esquema APP	41
1.1.5. Antecedentes del caso del Aeropuerto de Chinchero-Cuzo	45
1.1.6. Actores Intervinientes en la elaboración del expediente técnico	46
1.1.7. Principales errores destacados en la elaboración del expediente	48
CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS DE PROINVERSIÓN EN LA ELABORACIÓN DE LOS EXPEDIENTES TÉCNICOS DE LAS APP	52
2.1. Los alcances de la responsabilidad administrativa en el Perú	52
2.1.1. Responsabilidad administrativa funcional.....	54
2.1.2. El rol de la Contraloría General de la República	55
2.1.2.1. Informes emitidos por la Contraloría General de la República	57
2.1.2.2. Sanciones derivadas del proceso de control.....	58
2.1.3. De todo el marco jurídico, ¿Qué normas son aplicables para imputar responsabilidad administrativa a los funcionarios de Proinversión?..	59
2.1.4. Principios del derecho administrativo sancionador.....	60
2.1.4.1. Principio de Legalidad	62

2.1.4.2. El principio de tipicidad.....	63
2.1.5. Principios de las Asociaciones Público Privadas.....	63
2.1.5.1. Principio de Valor por Dinero.....	64
2.1.5.2. Principio de Enfoque de resultados.....	65
2.1.5.3. Principio de adecuada asignación de riesgos	67
2.2. Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la facultad sancionadora de la Contraloría General de la República en el caso del Aeropuerto de Chinchero-Cuzco.....	69
2.3. Principios del procedimiento administrativo sancionador que se vulneran con la sentencia del TC	76
2.3.1. De la vulneración del principio de Tipicidad	76
2.3.2. De la vulneración del principio de irretroactividad	81
2.4. Los retos de la Contraloría General para imputar responsabilidad administrativa funcional antes y después de la sentencia del TC en el caso del aeropuerto de Chincheros.	83
CAPÍTULO III: LA PARTICIPACIÓN DE LOS ASESORES EXTERNOS ESPECIALIZADOS E INDEPENDIENTES EN LA ELABORACIÓN DE LOS EXPEDIENTES TÉCNICOS DE LAS APP	94
3.1. Razones para establecer el control en las fases de estructuración y transacción en los expedientes técnicos de las APP	94
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFÍA	105

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA N° 01: Clasificación de las Asociaciones Público Privadas.....	37
TABLA N° 02: Antecedentes del caso Aeropuerto de Chinchero-Cuzco.....	45

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA N° 01: Evolución del marco normativo de la APP.....	25
FIGURA N° 02: Ventajas de obras por impuestos	29
FIGURA N° 03: Proyectos que no son APP.....	35
FIGURA N° 04: Fases del sistema de promoción de inversión privada	40
FIGURA N° 05: Supervisión aplicable durante la fase de estructuración y transacción	98

TABLA DE ABREVIATURAS

APP	Asociaciones Público Privadas
CGR	Contraloría General de la República
TC	Tribunal Constitucional
IE	Iniciativa Estatal
IP	Iniciativa Privada
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
MTC	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
AICC	Aeropuerto Internacional Chinchero Cuzco
EGP	Endeudamiento Garantizado Permitido

PAS	Procedimiento Administrativo Sancionador
PAD	Procedimiento Administrativo Disciplinario
PROINVERSION	Agencia de Promoción de la Inversión Privada
IMIAPP	Informe Multianual de Inversiones en APP
OSITRAN	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación denominado “El control en la elaboración de los expedientes técnicos de las Asociaciones Público Privadas”, tiene como principal objetivo proponer la participación de asesores externos como mecanismo idóneo para mejorar la elaboración de los expedientes técnicos de las asociaciones público privadas; en función a planteado, es indispensable estudiar jurídicamente la fase de diseño de los expedientes técnicos bajo la modalidad de las Asociaciones Público Privadas.

Para contribuir al crecimiento de la economía a nivel nacional, el Estado peruano desde la década de los noventa ha logrado promover y ejecutar proyectos de inversión con la participación del sector privado; no obstante, a pesar del aumento en los niveles de inversión, el Perú aún sigue presentando una amplia brecha en infraestructura y servicios públicos; por lo que, resulta indispensable que se sigan ejecutando proyectos que promuevan la inversión privada a través de sus distintas modalidades.

No obstante, a pesar de que la inversión privada en el Perú representa más del triple que la inversión pública, de acuerdo a lo señalado por el BCR y el MEF en estudios realizados del 2005 al 2019; la modalidad de asociaciones público privadas, sigue presentando problemas durante su ejecución, sobre todo en aquellos proyectos que demandan el cofinanciamiento del Estado.

Como referente, tenemos lo ocurrido en el caso “Aeropuerto de Chinchero”; en este proyecto de inversión, participó el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en

adelante el MTC, como concedente y por otro lado, el consorcio Kuntur Wasi como concesionario, para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero Cuzco, suscribiendo contrato de concesión en el año 2014.

Su construcción iba a demandar una inversión de 530 millones de dólares bajo la modalidad de Asociación Público Privada; sin embargo, producto de una incorrecta elaboración de los documentos de gestión (contrato y bases) se produjo un grave perjuicio económico para el Estado.

Si el contrato y el diseño de los expedientes técnicos de las Asociaciones Público Privadas, dependen de los funcionarios de Proinversión y aún no se han superado las deficiencias en cuanto al control que realizan los actores intervinientes, nos hacemos la siguiente interrogante:

¿Cuál es el mecanismo idóneo para mejorar la elaboración de los expedientes técnicos de las APP y de esta manera evitar que se cause daño patrimonial al Estado?

La investigación tiene como objetivo general proponer la participación de los asesores externos especializados e independientes, a fin de que emitan opinión técnica en la elaboración del expediente técnico de las asociaciones público privada; en consecuencia, los objetivos específicos a desarrollarse son los siguientes: estudiar jurídicamente la fase de diseño de los expedientes técnicos de las Asociaciones Público Privadas, analizar la responsabilidad administrativa funcional de los funcionarios de Proinversión, en su participación en la elaboración de los expedientes técnicos de las asociaciones público privadas y finalmente se sustentarán las razones para establecer la participación de asesores externos especializados e independientes en la fase de elaboración de los expedientes técnicos de APP.

La justificación de la investigación se basa en sustentar las razones para establecer un control idóneo en las fases de estructuración y transacción en los expedientes técnicos de APP en una etapa en la que no existe un perjuicio real para el Estado, de esta manera se podrá advertir oportunamente los errores que se identifiquen

durante la elaboración de los documentos de gestión más importantes, a fin de evitar que se ocasione un perjuicio económico irreparable para el estado peruano.

De esta manera, se evitaría que se promuevan proyectos que no cumplan con las características suficientes para poder implementarse en proyectos de inversión; no obstante, debo señalar que, a pesar de la identificación de responsabilidades, aún se siguen elaborando proyectos de inversión inadecuados; por lo que, es necesario que se implementen medidas preventivas durante el proceso de elaboración del expediente técnico.

CAPÍTULO I

EL PROCESO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA MEDIANTE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS A PROPÓSITO DEL CASO DEL AEROPUERTO DE CHINCHEROS-CUZCO

En el Perú, la actividad de las distintas administraciones públicas está orientadas a brindar servicios públicos de la mano de los privados, es por ello que actualmente el estado peruano recurre a mecanismos de contratación como las Asociaciones Público Privadas, en adelante APP.

Como resultado, el Perú ha dado un importante crecimiento en cuanto a inversión privada total, según señala el BCR y el MEF, dado que antes de la década de 1990 la inversión privada suponía menos de USD 5 mil millones y creció sostenidamente hasta representar más de USD 36 mil millones en el 2017.

No obstante, a pesar del incremento en los niveles de inversión, actualmente el Perú sigue registrando una tasa muy elevada en cuanto a brechas de infraestructura y servicios públicos.

De lo anterior se desprende, que el Estado peruano siempre ha impulsado la actividad privada, a través de diversas modalidades de contratación, siendo una de las más utilizadas la modalidad de APP dado que, a través de su implementación el Estado puede satisfacer las necesidades de los ciudadanos que no puede cubrir solo, en razón a ello, invita al privado para que, en virtud de su experiencia en la elaboración de proyectos de inversión, pueda ejecutarlo de la mano del Estado.

En el presente capítulo abordaremos la evolución histórica de la contratación estatal, para así comprender el origen de las APP, las fases que comprende el proceso de promoción de la inversión privada y su implementación en el sistema peruano; finalmente se abordará el caso del Aeropuerto de Chincheros-Cuzco, en donde se estudiarán los actores intervinientes dentro del contrato APP, con la finalidad de evidenciar los errores que se produjeron en el expediente técnico y que tuvo como resultado que fuera un proyecto sin éxito.

1.1. Aspectos generales de la evolución histórica de la contratación estatal en el Perú.

La historia muestra, que progresivamente se han ido implementando mecanismos en donde, la participación del privado se ve totalmente respaldada por un procedimiento de obligatorio cumplimiento, que garantiza entre otras cosas: la transparencia y competencia.

Así, es conveniente acotar que una de las bases constitucionales de la promoción de la inversión privada, se encuentra regulada en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, el mismo que señala, que la iniciativa privada es libre, se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y **actúa principalmente** en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, **servicios públicos e infraestructura**. (la negrita es mía)

Como resultado, la participación del sector privado dentro del marco de las contrataciones con el Estado, y habría que afirmarlo, no es nueva; el Estado, ante la necesidad de brindar de forma eficiente los mejores bienes y servicios a la población ha implementado la modalidad de APP.

Modalidad que fue consolidada en el año 2008, a través de la aprobación de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo y agilización de procesos de promoción de la inversión privada. En ese contexto, es conveniente analizar cómo se ha regulado no sólo el actuar del privado, sino también el de la administración pública en los proyectos de promoción de la inversión privada.

Así, para comprender el origen y evolución de las APP, es necesario conocer los aspectos que motivaron la regulación que hoy en día nos ofrece la Ley de

Contrataciones con el Estado y que por el contexto utilizó nuevas formas de contratación en beneficio de la población.

La intervención del Estado en la contratación estatal ha justificado su finalidad, esto es, proveer de infraestructura pública indispensable a los ciudadanos, la misma que es financiada principalmente por los aportes de los ciudadanos a través de lo que tributaria y obligatoriamente les corresponde como contribuyentes y que además hace posible que se lleven a cabo diversos proyectos de infraestructura.

El Estado como promotor del desarrollo de la economía, interviene en nombre de ella a través de los contratos que solemniza; el diccionario de la Real Academia Española (RAE), señala que: el contrato en general significa, aquel pacto o convenio oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

En ese mismo sentido, la Constitución Política del Perú, en el artículo 62° señala que:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...).

De lo establecido en la Constitución Política del Perú y de los contratos APP puede concluirse que, a diferencia de un contrato entre privados, en un contrato administrativo necesariamente una de las partes es la administración pública, cuyo interés siempre será público y no privado.

En la misma línea, Anacleto (2017) nos dice que: “El Contrato Administrativo es el acuerdo de voluntades entre la administración pública y un particular, creador de derechos y obligaciones, cuya finalidad es satisfacción del interés público y que se encuentra sujeto a un régimen de Derecho público” (p.417).

En razón a ello, los contratos en general deben ser cumplidos en su integridad, pues en él se han plasmado no solo la voluntad de los sujetos intervinientes, sino

también los derechos y principalmente las obligaciones que cada uno debe cumplir; por lo que, su incumplimiento perjudicaría a su contraparte.

Lo que en términos generales de contratación entre privados conocemos como Pacta Sunt Servanda, lo que significa que, lo pactado es ley entre las partes.

Cassagne (citado por Amaya, 2016) concluye que:

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer función administrativa. (p.192)

Es importante tener en cuenta lo aportado por Cassagne, por cuanto la contratación estatal difiere en gran medida de la contratación entre privados; sin embargo, ello no significa que sean totalmente opuestos y para entenderlo de mejor manera, utilizaremos la definición que el Código Civil Peruano, en adelante CC ha aportado en cuanto a contratos.

Así, el Código Civil señala que: “Es aquella manifestación de voluntad destinada a crear, regular, extinguir o modificar una relación jurídica de carácter patrimonial” y en lo que respecta a la contratación estatal, pues la definición en teoría, difiere que la finalidad en esta relación es siempre el interés público, a diferencia de un contrato entre privados, en donde prima el interés de los que suscriben el contrato.

En líneas generales la diferencia es que las Asociaciones Público Privadas se acotan a ciertos tipos de contratación pública: infraestructura y servicios públicos, lo que no sucede en una contratación entre privados en donde el fin depende del objeto del contrato.

La diferencia principal entre la contratación pública tradicional y las Asociaciones Público Privadas, es la transferencia de riesgos y el uso de recursos preferentemente privados dado que, existe un sometimiento a requerimientos mínimos que deberán ser adaptados a la propuesta del privado, si éste último lo hubiera propuesto, es decir, un contrato de Asociaciones Público Privadas, es una modalidad de participación privada, mediante el cual se celebran contratos a largo plazo, en el que interviene el Estado a través de alguna entidad pública

(concedente) y uno o varios inversionistas privados, quienes finalmente de obtener la buena pro, serán denominados como concesionarios.

Debemos precisar que no es que el Estado no tenga una propuesta. En el caso de las Asociaciones Público Privadas también hay requisitos mínimos. Solo en el caso de concurso de proyectos integrales se puede variar la solución técnica, pero siempre respetando las especificaciones técnicas mínimas.

El otro punto relevante, es que se pueden modificar especificaciones, siempre que se garanticen los niveles de servicio, por lo tanto, se trata de un contrato que contiene estándares de especificación (relativos) y estándares de resultado (absolutos).

En un modelo Asociaciones Público Privadas los procedimientos no se flexibilizan, de hecho, suelen ser rigurosos. Sin embargo, ello no es óbice para que no exista una intervención directa del privado en cuanto a las condiciones a pactarse, recordemos que lo que se requiere es incentivar la participación de los inversionistas privados.

La evaluación de la propuesta técnica suele darse mediante el esquema de Check list o “pasa o no pasa” porque se entiende que todas las propuestas técnicas cumplirán con los niveles de servicio, de lo contrario se aplicarán penalidades.

Sin desviarnos del tema, el vínculo existente entre el privado y la entidad pública puede tener insertas prerrogativas especiales denominadas facultades exorbitantes del Estado, que deriva del uso de recursos públicos y del interés general, ello justificado porque el dinero que finalmente se utiliza para la elaboración y/o ejecución de determinado proyecto implica el financiamiento que se obtiene del tesoro público y que, por ende, debe estar adecuadamente distribuido.

El concepto que subyace a las Asociaciones Público Privadas es el de valor por dinero, que se traduce en eficiencia en el uso de los recursos escasos del Estado.

Las Asociaciones Público Privadas nacieron como una herramienta y mecanismo eficaz- en teoría- para el desarrollo del País. Y que, como veremos en las siguientes líneas fue necesario para desarrollo social y económico.

Al respecto debemos precisar que las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de contratación pública, alternativa a la Ley de Contrataciones con el Estado, dentro de las cuales existen distinciones claramente marcadas. Es importante tener en cuenta y de forma general la reseña de la contratación pública tradicional, para aterrizar al caso de la modalidad de las Asociaciones Público Privadas. En un primer momento era la administración pública la que proveía estos servicios de manera directa, luego las empresas públicas y finalmente la participación público privada, sin embargo, para efectos prácticos tomaremos en consideración lo expresado por Danós.

En ese sentido Danós (Citado en Martín, 2013) ha establecido tres etapas que fueron la raíz de la contratación estatal, desde sus inicios hasta lo que actualmente rige la contratación estatal, considerando el progreso del mismo hasta el año 2016, así tenemos:

El primer período. - Se extiende desde el año 1950 hasta poco antes del año 1980, durante esta época tal como explica el autor existe regulación, pero ésta era insuficiente, pues sólo resultaba aplicable a determinadas entidades públicas. La regulación de contrataciones consistía únicamente en el Reglamento Único de Adquisiciones, el Reglamento General Activ. Consul, el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas Decreto Supremo N°034-80-VC promulgados en 1985, 1987 y 1980 respectivamente.

La contratación estatal en el gobierno de Odría significó gran corrupción pues no existían lineamientos suficientes que regularan el procedimiento administrativo de selección, por lo que la misma se tornaba exclusiva para los sujetos que ostentaban poder y que como era evidente, buscaban beneficiar a los sujetos que le generaban mayor ventaja, económicamente hablando. No existía lo que hoy conocemos como proceso de selección, ni control presupuestario, en realidad, no había control de nada, los gobernantes podían hacer y deshacer lo que querían, y ello porque no existía una norma que los vincule a seguir un procedimiento en estricto, eso fue cambiando progresivamente, como veremos más adelante.

Un aspecto importante de esta época es que, en la práctica, las diversas entidades se regían por lo que sus propios reglamentos establecían respecto a las

adquisiciones. Este déficit de normativa sirvió para dar inicio a lo que se le conoce como la época de “las grandes obras públicas”, así como a las compras indiscriminadas y no sustentadas del gobierno de facto.

Durante el gobierno de Odría existió abundancia en cuanto obras públicas, se crearon universidades nacionales, edificios públicos, complejos de vivienda, hospitales, hoteles, puentes, estadios, autopistas, en definitiva, obras de gran envergadura que modernizó a gran escala el país; sin embargo, la falta de regulación en cuanto a contratación estatal significó no solo un beneficio social, sino también personal para el entonces presidente y sus allegados.

Fue en 1977 con la expedición del Decreto Ley N° 22056 en donde se establecieron reglas de juego específicas en cuanto a los mecanismos de selección y contratación al sistema administrativo de abastecimiento, a razón de los abusos que se cometían por falta de regulación, con una implementación que obedecía a establecer un mecanismo encaminado a orientar el proceso de adquisición de bienes y servicios en las entidades públicas, sin embargo la expedición de dicho régimen solo estuvo limitado a la dación de leyes sectoriales, lo cual como se evidencia siguió siendo insuficiente.

El segundo período. - Después de la dispersión absoluta y la falta de regulación en cuanto a contratación estatal, con la Constitución de 1979 en el Art. 143° en el capítulo V de la hacienda pública se le impone al Estado representado a través de sus diversas entidades a realizar licitación y concurso público, “Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto.

La ley establece la actuación de los participantes y del propio Estado, aquello sirvió como base para que posteriormente a ello, en el año 1980 se creara el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas en sus siglas (RUCOLP) expedido mediante Decreto supremo N° 065-85-PCM de fecha 21 de noviembre de 1980. Se subraya un hecho importante y es que la Constitución de 1993 no contemplaba ningún mecanismo de contratación estatal, como lo que hoy en día entendemos por licitación y concurso público, es por ello que se considera que la

Constitución de 1979 sentó las bases que fueron necesarias e indispensables para la contratación estatal que conocemos actualmente.

Se precisa en el siguiente apartado, que la contratación tradicional solo involucra bienes, servicios y obras, en oposición a las Asociaciones Público Privadas que involucra no solo infraestructura pública y servicios públicos, sino también, servicios vinculados, investigación aplicada e/o innovación tecnológica.

Lo que se señalará a continuación sólo está referida a la evolución de la contratación del Estado.

El 19 de julio de 1985 se promulgó el Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de Bienes y Prestación de Servicios no Personales RUA, cuya finalidad consistía en:

1.1.2 a) uniformizar los procedimientos técnicos – administrativos, b) presentar una secuencia coherente y eficaz, c) establecer las facultades y responsabilidades de quienes intervienen en las formas de adquisición que se describen. A pocos años de entrar en vigencia el RUA varias entidades públicas comprendidas en él, solicitaron ser excluidas del mismo, ya que debido a su carácter y naturaleza empresarial de las mismas, su aplicación les ocasionaba retrasos, desfases, en la ejecución de sus procesos productivos. Como consecuencia de las justificaciones hechas por dichas entidades, los sucesivos gobiernos optaron por excluir algunas entidades de los alcances del RUA (Grupo de estudios, 2011, p.6-7)

Dos años más tarde se promulgaría el Reglamento General de Asesoría y Consultorías (REGAC). Es posible ir incluyendo en este apartado que las Asociaciones Público Privadas permiten consolidar en un solo contrato, a diferentes prestaciones: obras, consultorías (servicios) y equipamiento (bienes).

El conjunto de normas antes señaladas no estableció una diferenciación objetiva entre los contratos administrativos y contratos estatales sujetos al derecho privado, limitándose a regular los procedimientos administrativos de adjudicación o selección de contratistas y crear así, por primera vez en este ámbito, instancias administrativas encargadas de resolver las controversias que se generaban durante la fase precontractual o de selección. No obstante, el progreso advertido durante esta etapa en materia de contratación de servicios, obras y bienes, el régimen legal de concesiones no experimentó modificaciones importantes; sino que, por el contrario, su regulación se mantuvo concentrada exclusivamente en materia de

concesiones para la explotación de recursos naturales, los cuales fueron regulados por leyes sectoriales. (Martin, 2013, p.320)

Tercer período. - Ahora el tercer período se ve reflejado hasta antes del año 1990, en donde se creía que se había superado la enorme crisis económica. Durante el gobierno del entonces presidente Alan García, el Perú vuelve a entrar en crisis, con la hiperinflación, con la creencia que la privatización de las empresas públicas solucionaría el problema.

Lo anterior sirvió como fundamento para una serie de cambios estructurales en el Estado, es a partir de aquí en donde la situación en la que vivíamos motivó la venta de activos y acciones de la propiedad de empresas que pertenecían al Estado, en este contexto, se ve reflejada la intervención directa de los privados, en las labores que e, y subrayo esta etapa debido que a partir de aquí se empieza a justificar la presencia de las Asociaciones Público Privadas, como veremos más adelante dentro de los antecedentes de las mismas. Después de ello, las contrataciones con el Estado fueron perfeccionándose a través de las normas que se han ido emitiendo progresivamente.

Hambser (citado por Illacutipa, 2018) señala que:

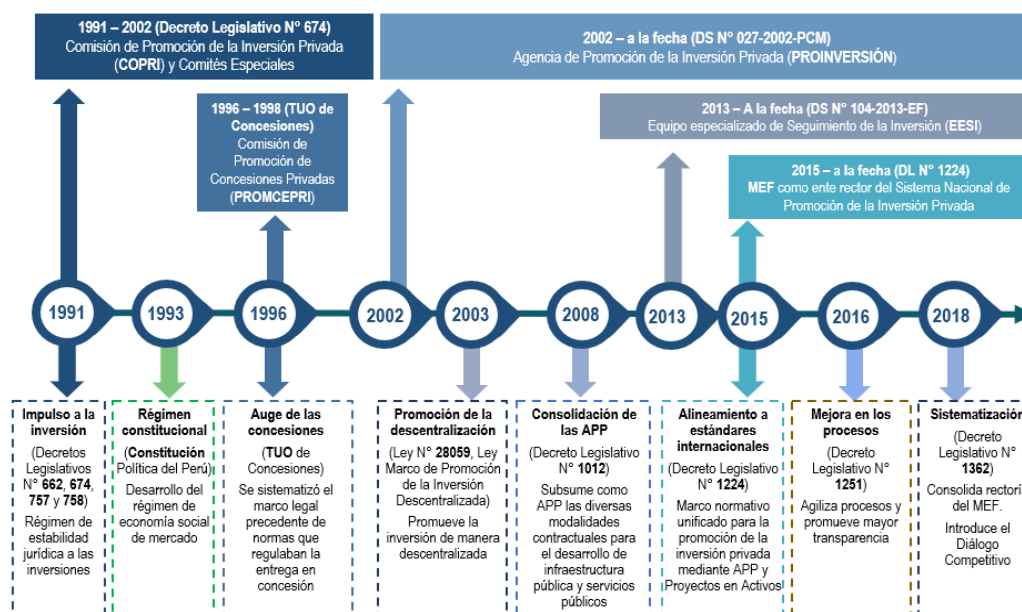
La Ley de contrataciones del Estado contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos. (p. 21)

Ello en pro a establecer un orden jurídico-contractual que permita obtener no solo protección, sino también eficacia en la ejecución de los mismos, fundamentada siempre en el interés público.

A partir de 1991, se empezó a impulsar la inversión privada, como podemos observar a continuación:

FIGURA N° 01

EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO DE LAS APP



Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

Como podemos observar de la línea de tiempo, hasta antes del 2002, COPRI y los Comités especiales, era el organismo rector máximo, encargado de diseñar y concluir el proceso de promoción de la inversión privada, que inició con el D.L N° 674.

Con el D.L N° 662, el Estado estableció un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros, con el establecimiento de garantías, así como igualdad de derechos y obligaciones que los inversionistas de las empresas nacionales.

En noviembre de 1991, se publicó el D.L N°757 que aprueba la Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, norma que también buscó garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, además de brindar estabilidad jurídica en el régimen económico, tributario, en materia administrativa, entre otras garantías.

Así mismo, mediante el D.L N°758, publicado en noviembre del mismo año, se buscó promover la inversión privada en obras de infraestructura y/o servicios públicos, mediante el otorgamiento de concesiones, en donde se estableció el plazo de duración del mismo, el procedimiento a efectuarse, así como las facultades del concedente, derechos y obligaciones del concesionario.

Esta primera etapa, es importante resaltarla, debido a que, de las normas antes citadas, podemos observar que el Estado empezó a promover la inversión privada, con el establecimiento de garantías, que en Asociaciones Público Privadas son fundamentales, debido a la gran inversión que realiza el inversionista privado.

En el año 1993 con la Constitución Política del Perú, se contemplaron las bases constitucionales de la promoción de la inversión privada, principios, y diversos preceptos constitucionales, siendo el más relevante, el de la economía social del mercado, establecido en el artículo 58° de nuestra actual Constitución Política del Perú, en razón a el rol del Estado de priorizar y promover entre otros los servicios públicos e infraestructura.

Pero no es el único precepto que vincula a la promoción de la inversión privada, por cuanto, de su cuerpo normativo se establecen también preceptos que le son aplicables, por ejemplo: la libre iniciativa privada (artículo 58°), régimen de los contratos leyes (artículo 62°), libre competencia (artículo 61°), subsidiariedad del Estado (artículo 60°).

En el año 1996, se le denominó el auge de las concesiones, según la línea de tiempo plasmada, toda vez, que mediante D.L N°839 promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos mediante la concesión, creándose PROMCEPRI (Comisión de Promoción de Concesiones Privadas, como el organismo rector máximo encargado de la promoción de la inversión de concesiones en el sector privado.

En esa misma línea, se promulgó el TUO (Texto Único Ordenado) de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

En el año 2002, se promulgó mediante el D.S N° 027-2002-PCM, a raíz de que el proceso de promoción de la inversión privada era realizado por diversas entidades, lo que generaba múltiples inconvenientes para los inversionistas privados, por lo que, era necesario unificar y coordinar las acciones que promueven la inversión privada, que anteriormente a la norma citada, eran realizadas de manera separada por las distintas entidades.

Es por ello, que FOPRI en la fusión por absorción queda en calidad de incorporante, cesando las funciones, competencias de COPRI, CONITE y de PROMPERÚ, las mismas que serán asumidas por la Dirección Ejecutiva de FOPRI.

A su vez, FOPRI se denominará PROINVERSIÓN Agencia de Promoción de la Inversión Privada, entidad adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas; cabe señalar que el D.S N° 027-2002-PCM se mantiene vigente a la fecha de la presente investigación.

En el 2003, la Ley N°28059, estableció la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, con la finalidad de que los tres niveles de gobierno promuevan la inversión privada para el logro de mejores resultados, y de esta forma se compatibilicen los planes y prioridades de inversión de los distintos niveles de gobierno, siendo ésta última una de las funciones del gobierno nacional, la norma también establece las funciones que le competen al Gobierno Regional, así como a las Municipalidades en el proceso de promoción de la inversión privada.

Después de ello, en el 2008 se promulgó el D.L N°1012, que consolida el marco normativo de las Asociaciones Público Privadas (recordemos que esta norma era la vigente cuando se trabajó el proyecto del AICC); posterior a ello, tenemos el D.L N°1224, el D.L N°1251, finalmente con el D.L N° 1362 (Norma vigente en Asociaciones Público Privadas).

En resumen, de la normativa analizada, podemos observar que en un primer momento se empieza a incentivar la promoción de la inversión privada a través de las concesiones que fue posible a través de una regulación específica que le otorgue seguridad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros.

Las Asociaciones Público Privadas, recogida de la experiencia internacional resultaba muy atractiva, por cuanto se trataba de proyectos que implicaban grandes sumas dinerarias poco costeables para el Estado, además vio en ella una ventaja económica para ambos sectores intervinientes, de lo que explicaremos en el siguiente apartado.

El fundamento del presente proyecto de investigación radica en el análisis que se efectúa en la primera fase de contratación, como fase determinante, pero no dentro del esquema de la Ley de Contrataciones con el Estado, pues difiere en algunos

aspectos del marco legal Asociaciones Público Privadas, en éste último la primera fase es determinante pues en él se examina de manera exhaustiva la viabilidad o no del proyecto que pretende concretarse, además del impacto que el mismo generará de llevarse a cabo, si esto no es así, entonces el resultado siempre es el mismo: el proyecto fracasará y causará perjuicio económico al Estado

Cabe señalar que, para el caso de Asociaciones Público Privadas, los proyectos suelen tener la cualidad de monopolios naturales; es decir, se trata de proyectos desarrollados en mercados en los que no es posible la competencia. Por ello, lo que recomienda la teoría es desarrollar mecanismos de “competencia por el mercado” y ahí radica la importancia de un buen proyecto y de un adecuado proceso competitivo.

En ese sentido la importancia de la adecuada vigilancia de las fases implica, que aquello, significa un gasto para el Estado, que requiere la utilización de fondos provenientes del tesoro público, por lo que deberá examinarse si el gasto que pretende efectuarse es costeable para el Estado en términos económicos.

Es por ello, que Zambrano (2009) manifiesta que:

La Fase de Actos Preparatorios es el conjunto de actuaciones que se inician desde la decisión de adquirir y está destinada a definir con claridad el objeto de contratación, destinar un presupuesto para tal efecto y definir con claridad sus características. (p.156)

1.1.1. Aproximación del concepto de las Asociaciones Público Privadas

Existen diversos mecanismos para la ejecución de infraestructura pública y provisión de servicios públicos entre ellos tenemos: contratos de obra pública en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, obras por impuestos (OXL) Ley N°29230, Asociaciones Público Privadas (APP) y Proyectos en Activos (PA).

En razón a ello, solo explicaremos aquellas modalidades que promueven la inversión privada, para finalmente explicar la aproximación del concepto de Asociaciones Público Privadas, entre ellas tenemos:

1) Proyectos en Activos: Son proyectos mediante los cuales el Estado promueve la inversión privada en activos de su titularidad, presentes o futuros, bajo la disposición de aquellos, se da mediante la disposición de activos ya sea que exista una transferencia total o parcial, esta modalidad de inversión no tiene la clasificación propia de las Asociaciones Público Privadas, esto es que sea autofinanciada o cofinanciada, su desarrollo es mucho más simple que las Asociaciones Público Privadas.

2) Obras por Impuestos: Este es una modalidad de inversión con participación de la empresa privada, que fomenta la ejecución rápida eficiente de proyectos de inversión que la población necesita, el beneficio que obtienen los privados es que adelantan el pago de impuesto a la renta concretando los proyectos priorizados por las entidades públicas. Finalizado la ejecución o avance del proyecto, el tesoro público devuelve el monto invertido a la empresa privada mediante certificados (CIPRL O CIPGN) que podrán ser utilizados para el pago del impuesto a la renta, al ser una modalidad de inversión privada, tiene beneficios como podemos observar a continuación:

FIGURA N° 02

VENTAJAS DE OBRAS POR IMPUESTOS



Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

Respecto a las Asociaciones Público Privadas, Gonzales (citado en Sepúlveda, 2014), manifiesta que “El estudio de las alianzas público privadas fuera de su origen histórico, estaría en que el problema de la obtención de recursos públicos para la financiación de obras del Estado es per se, un problema a histórico” (p.8). La

participación del privado en las labores estatales, ha tenido un trascendental progreso que se ha exteriorizado en lo que hoy conocemos como contratos para obras públicas y en los diversos mecanismos de participación de la inversión privada.

En un sistema en donde la infraestructura proporcionada por el Estado era escasa, surgió la necesidad de implementar mecanismos de colaboración y es así como nacen las Asociaciones Pública Privadas.

Sin embargo, debemos tener claro que la presencia de las Asociaciones Público Privadas no se justifica por la “falta de recursos” debido a que la viabilidad o no de determinado proyecto atraviesa por una serie de factores que lo determinan así, también se debe tener en cuenta que más allá del financiamiento que se obtiene del privado, el Estado analiza costos que se sean en beneficio de aquel.

La vinculación que existe entre la administración pública y los ciudadanos se asienta en la finalidad que busca alcanzar toda administración pública, y esto es, la de satisfacer en mayor medida las demandas que se presentan como urgentes en la sociedad y que le competen a éste por ser tal.

En ese sentido, la actividad contractual que realizan las diferentes administraciones públicas consiste en ofrecer los mejores bienes y servicios públicos posibles a los ciudadanos contando con la colaboración del sector privado. Primero porque tales actividades no se pueden realizar directamente por la propia Administración y segundo porque, de esta manera, se asocia a la sociedad en la función del servicio al interés general, que ni es privativa de la Administración ni solo a ella le concierne. (Rodríguez-Arana, 2014, p. 99)

Y es que, promover inversión privada, no es sólo una actividad que le compete al gobierno nacional, debemos tener en cuenta que aquella no es una actividad privativa de los gobiernos nacionales, ni de los gobiernos regionales o locales.

Ello implica que se generen condiciones adecuadas para que los inversionistas tengan las garantías suficientes y la tranquilidad necesaria para invertir, destinado a básicamente generar la infraestructura y proyectos de diferentes sectores y modalidades.

Para que lo anterior fuese posible el Estado se vio en la necesidad, como hemos logrado visualizar en los antecedentes históricos, a establecer determinadas

pautas, y convertir la participación privada, en uno de los principales pilares del desarrollo del Estado Peruano, de esta manera se desarrollaron normas específicas que permitieron incentivar no solo la inversión privada nacional, sino también la internacional.

El desarrollo de proyectos de inversión se realiza mediante la colaboración de inversionistas privados. El Project Finance, es una herramienta utilizada generalmente por grandes empresarios; toda vez, que es una herramienta utilizada en proyectos que implican alto costo y duración a largo plazo (característica principal de una Asociación Público Privada) con riesgos asumidos por ambos sectores, esto es, sector público y privado.

El impacto que causó en Latinoamérica sirvió como una gran oportunidad para el Estado, debido a que obtenía infraestructura sin la necesidad de invertir recursos públicos (Contrato de Asociación Público Privada autofinanciado, por ejemplo).

En suma, en las Asociaciones Público Privadas se permite la iniciativa privada, lo que posibilita que sean los mismos inversores privados los que presenten su proyecto, ahí donde ven una oportunidad en aquello en lo que el Estado no ha intervenido y explotado, lo que no sucede en una obra pública en donde la iniciativa siempre es estatal.

Finalmente, conviene subrayar que el objetivo principal de un contrato de Asociaciones Público Privada es que se provea de infraestructura o servicios, mejorando, creando, operando, desarrollando o manteniendo los mismos según la definición de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

En cuanto a su definición, conviene precisar lo que estableció en su momento, el Decreto Legislativo N°1012 y el Decreto Supremo N°127-2014-EF (que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N°1012 (Decreto Legislativo vigente para el caso del AICC) el mismo que precisa que las Asociaciones Público Privadas:

Son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios.

De su definición legal puede desprenderse que se trata de proyectos prioritarios y de gran envergadura, proyectos que son en definitiva infraestructura pública vinculadas a servicios públicos. Posteriormente se promulgó el Decreto Legislativo N°1224 y su Reglamento, el D.L N° 1251 y finalmente la norma vigente que contenida en el D.L N°1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N°1362.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 29° del Reglamento del Decreto Legislativo N°1362, las Asociaciones Público Privadas constituyen una de las modalidades de participación de la inversión privada, en la que se distribuyen de manera adecuada los riesgos del proyecto y se destinan recursos preferentemente del sector privado, para la implementación de proyectos en lo que se garanticen niveles de servicios óptimos para los usuarios.

Tirado (2017) manifiesta que:

Para el éxito de la implementación de una APP y que pueda generar el valor que se le exige, se debe contar con un Estado que esté representado por funcionarios que puedan gestionar procesos eficientes y competitivos, y como resultado de ello, se incremente la inversión e iniciativas privadas. No solo es contar con marcos normativos que busquen ser estables y predecibles a largo plazo sino también mejorar en la ejecución contractual. (p.44)

El papel que cumple el Estado frente a los proyectos de inversión radica en que el mismo se desarrolle de manera estructurada, ello porque se requiere financiamiento privado de capital con deuda por parte del inversionista privado y para que aquello sea posible se necesita establecer que recursos y elementos permitirán que el proyecto pueda ponerse en marcha, y que como consecuencia de lo anterior le genere flujos a los inversionistas privados, pues encuentran atractiva su participación por la rentabilidad que ello le genera; no obstante, de darse un inadecuado análisis terminan perjudicando no solo al Estado, sino también al inversionista privado, y ello depende en gran medida de los funcionarios que toman la decisión final de viabilizar el proyecto mediante la modalidad de Asociaciones Público Privadas, así como de estructurar las bases sobre las cuales los postores deben regirse.

Ahora ¿Cuál es el beneficio del privado? En el caso de las Asociaciones Público Privadas autofinanciadas lo será la explotación del proyecto, la ganancia que obtiene el privado se ve reflejado en los años que dura el contrato Asociaciones Público Privadas, que debido a las características y finalidades que ella tiene, son de larga duración, la Ley señala hasta 60 años, lo que permite el repago de la infraestructura, un claro ejemplo de este modelo, es la carretera interoceánica, que dentro del contexto de las inversiones, implicó un aporte significativo y que como ganancia que obtiene el privado es mediante el cobro de peajes por un largo período de tiempo.

Martin (2013) expresa que:

Las iniciativas privadas son un mecanismo de promoción de la inversión privada a través del cual, los particulares plantean al estado su interés en el desarrollo y ejecución de un proyecto de inversión que no haya sido previamente contemplado por el Estado como parte de las actividades sobre las cuales recae un proceso de promoción de la inversión privada. (p.343)

Diversos autores han expresado que englobar el concepto de Asociaciones Público Privadas, resulta ser una labor realmente difícil, y ello porque el contrato bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas, no sólo está circunscrito a la modalidad de la concesión; aunque es el más utilizado, por lo que dependerá de una serie de circunstancias y necesidades que deberán ser previa y exhaustivamente evaluados.

En ese sentido la autora considera que si bien no podría englobarse en reducidas líneas el concepto de las Asociaciones Público Privadas, por los diversos conceptos económicos que trae consigo, y que además son parte esencial de esta modalidad, podríamos aproximarnos a un concepto general del mismo, considerando los agentes que intervienen, así tenemos que dentro del esquema Asociaciones Público Privadas, encontramos necesariamente la participación del privado, quién preferentemente asumirá los riesgos frente a la entidad pública creando una alianza entre ambas, y que bajo este esquema el privado se encargará no solamente de ejecutar determinado proyecto de infraestructura, sino que se encargará principalmente de la operación y mantenimiento, elementos que no pueden ser eliminados del mismo contrato Asociaciones Público Privadas pues lo contrario

implicaría transgredir su naturaleza, y que tenga fundamentalmente como fin principal vocación de generar mayor beneficio económico al Estado.

Así pues, Delgado, Melo, Pinto. (2015) expresan que:

La implementación de un modelo de Asociación Público Privada dependerá del grado de participación, sin llegar a una privatización, que asuma el sector privado para cubrir las necesidades del sector público a nivel de infraestructura o de servicios públicos. En ese sentido, a medida que la participación del sector privado aumente, se limitará la administración del sector público, aunque esto responda a una mejora en los resultados obtenidos producto de la participación privada. (p.50)

Ahora es importante tener en cuenta que no son Asociaciones Público Privadas bajo la definición brindada, aquellos proyectos que solo impliquen la provisión de mano de obra, así como la oferta e instalación de equipo, o la construcción y ejecución de obras públicas que se rigen bajo el esquema de la Ley de Contrataciones del Estado. Debemos precisar también que dentro de un proyecto se pueden acumular múltiples funciones en donde puede existir diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento, pueden darse todas al mismo tiempo, o puede que no, lo que sí se debe dar necesariamente y de hecho es la característica principal del contrato Asociaciones Público Privadas es que debe existir operación y mantenimiento.

A continuación, se presenta en la figura N°3 los ejemplos de proyectos que no son Asociaciones Público Privadas:

FIGURA N° 03

PROYECTOS QUE NO SON APP



Nota (*) La permuta de activos es un esquema considerado en la modalidad de Proyectos en Activos.

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

1.1.2. Modalidades de desarrollo de una Asociación Público Privada en el sistema peruano

La forma más eficiente de ejecutar proyectos de inversión es con la participación de la empresa privada. El criterio de eficiencia es un factor determinante cuando se piensa en ejecutar un proyecto vía Asociaciones Público Privadas.

En ese sentido el sector privado y público a nivel nacional, regional y local se unen para hacer más eficiente la construcción y operación de la infraestructura del país, asegurando así un mejor servicio público. Una Asociación Público Privada implica una alianza entre el Estado y la empresa privada para ejecutar proyectos de infraestructura pública y/o servicios públicos, utilizando las fortalezas de cada uno y la mayor capacidad de asumir riesgos, los cuales pueden ser por ejemplo: Expropiación de terrenos, demanda, fuerza mayor, financiamiento, inflación, construcción, diseño, riesgos geológicos, riesgos arqueológicos, entre otros. “Bajo la normativa nacional, incluyen el contrato de concesión, la asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, joint venture, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley” (Alva, 2017, p. 476). Se dan situaciones que en determinado

proyecto Asociaciones Público Privadas, el Estado financie y sea el privado el que ponga la tecnología, su conocimiento, entre otros.

En este caso, es el privado el que solo opera y mantiene determinado proyecto de inversión, y afirmar que aquello no desnaturaliza el concepto de Asociaciones Público Privadas y explicaremos porqué. Recordemos que lo más costoso de una obra no es la construcción del mismo, al contrario, lo que es más costoso para el estado es operar y mantener determinada infraestructura, es por ello que al Estado le sale más a cuenta construir- por citar un ejemplo- una carretera y concesionar la operación y mantenimiento a los privados.

Una de las ventajas por las cuales se utiliza la modalidad de Asociaciones Público Privadas es que, a diferencia de una obra pública bajo el esquema de la Ley de Contrataciones del Estado, en un contrato de Asociaciones Público Privadas el riesgo es asumido preferentemente por el privado, de modo que, el mismo se ve obligado a ejecutar de manera eficiente el proyecto que le ha sido adjudicado.

Por lo que, de existir fallas en el proyecto las mismas no serán asumidas por el Estado, encontrándose el privado obligado de reparar el daño si lo hubiere asumiendo el costo adicional de las mismas, en razón a que a través de la explotación de la infraestructura adjudicada puede pagarse la inversión.

Es importante precisar que, tratándose de un contrato de Asociaciones Público Privada, el privado no solo construye, sino también puede operar o mantener determinada infraestructura. En contrapartida a lo anterior, en los proyectos ejecutados bajo la Ley de Contrataciones con el Estado, la participación del privado termina con la elaboración y/o ejecución del proyecto.

1.1.3. Clasificación de las Asociaciones Público Privadas

TABLA N° 01
CLASIFICACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

AUTOFINANCIADAS	COFINANCIADAS
El proyecto mismo genera los recursos suficientes para repagar la inversión, repagar la operación y mantenimiento, y obviamente pagar la rentabilidad que genere la explotación del mismo. Puede existir una garantía financiera, pero es mínima o nula. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento.	Proyecto que demanda recursos en efectivo del Estado o demanda garantías financieras y/o no financieras para hacerlo atractivo para el sector privado, y que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.
El Estado no financia el proyecto, pero podrían existir garantías, que se podrían activar dependiendo de la naturaleza del proyecto, por ejemplo, si se presenta un compromiso contingente, en una autopista, y el proyecto es autofinanciada, y como es autofinanciada se supone que genera rentabilidad que permita el repago de la operación, mantenimiento, etc.; sin embargo, puede suceder que exista un evento sui generis, que podría hacer que se active dicha	El cofinanciamiento y el mayor porcentaje de financiamiento dependerán del proyecto que pretenda llevarse a cabo. Se dan situaciones que en determinado proyecto el Estado financie en mayor porcentaje y sea el privado el que inserte su tecnología, su conocimiento, es decir, que se carga única y exclusivamente de la operación y mantenimiento, ello en razón a que existen proyectos que son sumamente riesgosos y poco atractivos para el sector privado,

<p>garantía, imaginemos que en la autopista se necesite que por lo menos lleguen 100 vehículos para que el proyecto sea sostenible, y llegue solo a 99 vehículos, el Estado tendría que pagar el restante, pero claro no es tan sencillo como parece, en realidad existe toda una metodología de por medio, que genere un problema al privado, y en esta situación el Estado asume este potencial riesgo.</p>	<p>y para generar un incentivo para los privados, el Estado paga la infraestructura y parte de la operación y mantenimiento, típico ejemplo de Asociaciones Público Privadas cofinanciada, que ello sea así no le quita la calidad de cofinanciada, de hecho muchos proyectos se han ejecutado así.</p>
<p>Podemos ver reflejados muchos proyectos de inversión autosostenibles ya ejecutados, hoy por hoy ya no hay muchos, porque la mayoría ya han sido concesionados. Un ejemplo claro de Asociaciones Público Privadas autosostenibles son las autopistas de Lima, línea amarilla, que fue gestión de la misma municipalidad.</p>	<p>Un contrato de Asociaciones Público Privada cofinanciada encuentra su sustento en los elevados costos de transacción así tenemos que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El monto mínimo para una APP cofinanciadas del Gobierno Nacional en donde actúa Proinversión directamente es de 10 mil UIT (S/. 40.5 millones) - Monto mínimo para una APP cofinanciada de los Gobiernos Regionales y Locales es de 7 mil UIT (S/. 29.1 millones).

Fuente: Los datos estadísticos son fuente de Proinversión.

La actuación de Proinversión en este tipo de proyectos es la de conducir los procesos de la inversión privada del Gobierno Nacional, así como asesorar

técnicamente a los Gobiernos Regionales y Locales si ellos solicitan dicha asistencia. Proinversión emite opinión sobre el informe multianual tanto de las Inversiones que pretendan llevarse a cabo mediante APP o mediante Proyectos en Activos. Actualmente dicha opinión la da el Ministerio de Economía y Finanzas. Como se lleva a cabo el procedimiento de las APP en las Regiones y Municipios, así tenemos:

POR INICIATIVA ESTATAL (IE): En este caso, es la entidad pública quien a través de sus órganos en línea de la Administración de la cual se trate, órgano o el comité de Promoción de la Inversión Privada quienes identifiquen los proyectos APP, el Consejo Regional y Concejo Municipal aprueba el Informe Multianual de Inversiones en APP y Proyectos en Activos (IMIAPP), después se da la formulación y/o elaboración del proyecto, se convoca a un concurso y se distribuye información sobre el proyecto, esto consistente en las bases y el contrato, califican a los mejores postores es decir, el que menor gasto le genere al Estado y en base a las propuestas recibidas se otorgará la buena pro y finalmente se suscribe el contrato. Nacen con la incorporación del proyecto en el Informe Multianual de Inversiones en APP y Proyectos en Activos. (IMIAPP). En resumen, en la iniciativa estatal, el Estado es quien identifica la necesidad del proyecto e impulsa la formulación del mismo.

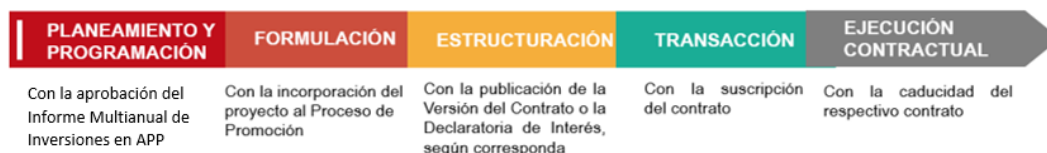
POR INICIATIVA PRIVADA (IP): En este caso, es el privado quien presenta el proyecto al Gobierno Regional y Local según corresponda, y éste último evalúa el proyecto y es finalmente el Concejo quien aprueba la declaratoria de interés, después del plazo previamente establecido, esto es después de 90 días se convoca a concurso público y se otorga la buena pro al privado que mejor propuesta haya presentado, y si es que no se presentan más postores, pues se le adjudicará directamente a la empresa que ha presentado inicialmente el proyecto, y como consecuencia de lo anterior termina suscribiéndose el contrato. En síntesis, el privado es quien identifica la necesidad del proyecto (debido a que tiene mayor conocimiento sobre él) y lo presenta al Estado para que éste decida si tiene interés en desarrollarlo (petición de gracia), lo que no implica que el Estado considere desarrollar el proyecto, justamente ese es una de las grandes desventajas de las iniciativas privadas, debido a que el privado realiza una importante inversión para

la presentación del proyecto, y puede darse el caso de que finalmente no se lleve a cabo el mismo, añadido a ello, el procedimiento en las IP son de larga duración.

Es importante, tener en cuenta las fases de las App, las mismas que se explicarán a continuación:

FIGURA N° 04

FASES DEL SISTEMA DE PROMOCION DE LA INVERSION PRIVADA



Fuente: Elaboración propia, de acuerdo a lo establecido en el D. Leg. N°1362

- **PLANEAMIENTO Y PROGRAMACIÓN:** Que, en términos generales, es donde se identifican los proyectos que la entidad considera pueden llevarse a cabo mediante la inversión privada. APP o Proyectos en Activos. La ha identificado el Gobierno Local, Gobierno Regional, los Ministerios, etc., el mismo que está previamente plasmado en el informe Multianual (IMIAPP), aquí van todos los proyectos que la entidad considere. Todo esto lo ve el Comité de Promoción de la Inversión Privada o Proinversión. Proinversión no decide, es sectorial, depende de la competencia. Si se quiere llevar a cabo un proyecto, dicho proyecto debe estar dentro del Informe Multianual del Ministerio que lo está solicitando. Una vez identificado se le puede encargar a Proinversión. Con el D. Leg. N°1012 (D.L con el cual se llevó a cabo todo el proceso de promoción de la inversión privada del AICC) no había estructura de fases, ahora tienes que cumplir con una serie de pasos, para empezar, no puedes empezar un proyecto si no está plasmado en un Informe Multianual. En los proyectos nacionales Proinversión tiene competencia directa.
- **LA FASE DE FORMULACIÓN:** Es la evaluación técnica del proyecto, se va a ver si el proyecto es viable o no, técnica, financiera, y legalmente. Hay unas directivas del MEF donde se contempla los parámetros técnicos que se deben tener en cuenta para llevar a cabo esta fase de formulación, y esta fase va a terminar en un informe de evaluación, lo sigue llevando a cabo el comité o el

órgano de inversión privada que es el que va a comunicarse con las áreas técnicas. El MEF emite opinión

- **FASE DE ESTRUCTURACIÓN Y TRANSACCIÓN:** En la fase de estructuración se lleva a cabo la elaboración de las bases, así como la elaboración de la versión inicial del contrato, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada; con la versión inicial se solicita la opinión previa de la entidad pública titular del proyecto y del organismo regulador en los sectores regulados, además de ello se debe contar con la opinión favorable del MEF.

Ahora bien, en relación a la fase de transacción el objetivo principal es seleccionar al inversionista privado más competente para la realización del proyecto, es por ello, que en un primer momento se publican las bases y la versión inicial del contrato realizadas en la etapa de estructuración, para que el organismo promotor de la inversión privada pueda recibir y evaluar las consultas y/o comentarios de los postores, en base a ello, y después de una correcta evaluación se pueden realizar los ajustes necesarios.

Con la versión final del contrato, el organismo promotor de la inversión privada solicita la aprobación de la entidad pública, del regulador de corresponder y del MEF; en la etapa de transacción la CGR emite un informe previo no vinculante, la etapa de transacción finalmente culmina con la adjudicación del proyecto, después de haberse evaluado las propuestas presentados por los postores.

- **FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL:**

Esta etapa comprende la vigencia del contrato APP, cuyo plazo máximo es de 60 años; en esta etapa se evaluará que se cumplan con los objetivos planteados en el proyecto de inversión, fase durante la cual también se podrá hacer efectiva las penalidades en caso de incumplimiento, así como declarasuspensión o caducidad del contrato.

1.1.4. Naturaleza jurídica de los contratos de concesión bajo el esquema APP

Existen diversas posturas respecto a la naturaleza jurídica de los contratos bajo el esquema de las Asociaciones Público Privadas, así tenemos:

Alva (2017) respecto a la naturaleza legal o jurídica del contrato APP, se señala que es un contrato puramente comercial, eso es muy importante para entender a la asociación público-privada desde el sector público. Sin embargo, la autora considera que no se trata de un contrato puramente

comercial, por cuando, por ser un contrato administrativo el mismo por su naturaleza posee cláusulas exorbitantes. Hay quienes, desde el lado del derecho administrativo, precisan que en realidad es un contrato de concesión. (p.34)

La autora considera que lo último no es así, toda vez, que el contrato APP no necesariamente se circunscribe a un contrato de concesión, lo cierto es que muchos proyectos han sido ejecutados mediante concesión, sin embargo no es la única herramienta contractual de la cual se vale o se acoge una Asociación Público Privada.

Hay que tener en cuenta que cuando nos encontramos dentro de un proyecto realizado mediante esta modalidad no solamente utilizamos la normativa APP, dependerá-claro está-del proyecto que pretenda llevarse a cabo, como por el ejemplo la utilización de una ley de tierras fundamentando su participación en que debe realizarse un estudio previo sobre el lugar en donde se construirá un proyecto.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la simple existencia de la normatividad APP no nos garantiza el éxito del proyecto, porque como se explicó líneas arriba en algunos casos se requiere indispensablemente la implementación de otra normativa que sirva como complemento necesario y que finalmente permita en términos económicos generar la mayor eficiencia posible.

Hasta aquí, teniendo ya una visión general de lo que implica estar dentro del marco de un contrato de Asociación Público Privada, y entendiendo que aquello significa para el privado, la obtención de rentabilidad producto del financiamiento de determinado proyecto, entendemos que la realidad discrepa mucho en teoría se entiende por la concesión bajo el esquema APP, y un claro ejemplo es lo ocurrido en el caso del Aeropuerto de Chincheros-Cuzco, en donde se reflejó que el principal error estuvo contenido en las bases que el mismo proyecto presentaba, no resultando sostenible el incumplimiento de uno y/o de otro si es que no existía de por medio una exigencia legal que conminara el cumplimiento en el que se hubiera pactado fechas fijas para la obtención de financiamiento que además debía ser de la banca internacional, ni con topes en cuanto a tasas de interés como evaluaremos posteriormente cuando haremos referencia a las principales errores detectados en la elaboración de los expedientes técnicos de las Asociaciones Público Privadas, lo que se le olvida a la entidad pública es que el estado asume al suscribir un contrato

una deuda a futuro según el sistema de pagos que se hayan establecido en el contrato APP.

Ahora, para comprender la naturaleza de la concesión dentro del esquema APP, tomaremos como referencia lo expuesto por algunos autores nacionales e internacionales, así tenemos:

Harman, Huapaya, Maraví, Mendoza y Ruíz (2012) expresan que:

Conceptualmente la concesión, al margen de la posibilidad de una acepción genérica y que comprende infinidad de variables, podría definirse a propósito de ser una modalidad de APP como una gestión indirecta del Estado, con la particularidad a diferencia de otros modelos, en que el concesionario no actúa por derecho propio sino representando al Estado, pero sí en nombre propio. Así, el privado toma un derecho que naturalmente pertenece al Estado y lo ejerce. El estado por su parte, además de delegar el citado derecho, puede en el mismo acto ceder el uso de infraestructura pública para la prestación de, por ejemplo, servicios públicos, los mismos que están debidamente regulados por las normas aplicables o en el interior del contrato. (p.43)

Así, también autores como Rodrigo Cano (citado en Barreto, 2015) afirma que:

La concesión es un acto administrativo público, por medio del cual el Estado, llamado concedente, faculta al particular, llamado concesionario, para que administre y explote en su provecho, en forma regular continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio público o servicios públicos, en vista de satisfacer un interés colectivo, mediante una ley preconcebida y un contrato formulado en partes. (p.17)

Debemos precisar que la normativa de Asociaciones Público Privadas, esto es, el Decreto Legislativo N°1012 no se establece nuevos mecanismos de contratación pues aquel se basa en los ya existentes, ya sea que se trate de contratos cuya regulación se encuentra precisada (Contrato de concesión), o se trate de contratos atípicos, como se analizó líneas arriba. Como modalidad de contratación, puede compatibilizarse con otros contratos nominados: concesión, gerencia, superficie, operación y mantenimiento, entre otros, lo importante es la transferencia de riesgos y recursos privados.

La naturaleza jurídica se encuentra íntimamente relacionado con la petición de gracia que realiza el inversor privado a la entidad pública, sea esta, Gobierno Regional, Gobierno Local o Proinversión, su justificación está contenida en el artículo 2° de la Constitución Política del Estado, que no es otra cosa que presentar

una propuesta a la entidad que corresponda según su competencia, ya sea que se trate de proyectos de interés nacional en donde se le presentará dicha documentación a Proinversión o ya sea que se trate de proyectos que pretendan ejecutarse dentro de las competencias del Gobierno Regional o Local y ello con la finalidad de que dicha entidad analice si es factible o no llevar a cabo determinado proyecto, si es costeable para el Estado y sobre todo si va a generar un impacto social, si con la elaboración de la obra se va a impulsar el crecimiento social y económico del Estado. Debemos precisar que lo anteriormente expuesto no solo es aplicable a las iniciativas privadas, pues también existe iniciativa estatal.

De lo anterior se debe tener en cuenta que, no existe de ninguna forma, obligación por parte del Estado de acceder a lo solicitado, es decir, el privado no podría impugnar la decisión de la entidad si es que en todo caso rechazará su solicitud presentada, esto fundamentado por la discrecionalidad de dichos funcionarios y eso únicamente es aplicable para las iniciativas privadas.

El derecho Constitucional de petición de gracia hace referencia a la posibilidad de presentar documentación a la entidad que corresponde, más no a que dicha entidad se vea conminada a acceder a lo solicitado, ya dependerá de la entidad evaluar si lo presentado es conveniente al interés público.

Esto quiere decir que, como estamos frente a un derecho de gracia, los derechos del privado se agotan en la presentación de la solicitud, es decir, que si por alguna razón la entidad demora meses en revisar su expediente y finalmente deniega lo solicitado, el privado en esta circunstancia no podría demandar, la norma es clara al precisar que no se puede demandar ni someter a arbitraje las peticiones de gracia, además debemos recordar que hasta antes de la firma del contrato, la entidad puede negarse a seguir con el proyecto, es un riesgo que asume totalmente el privado.

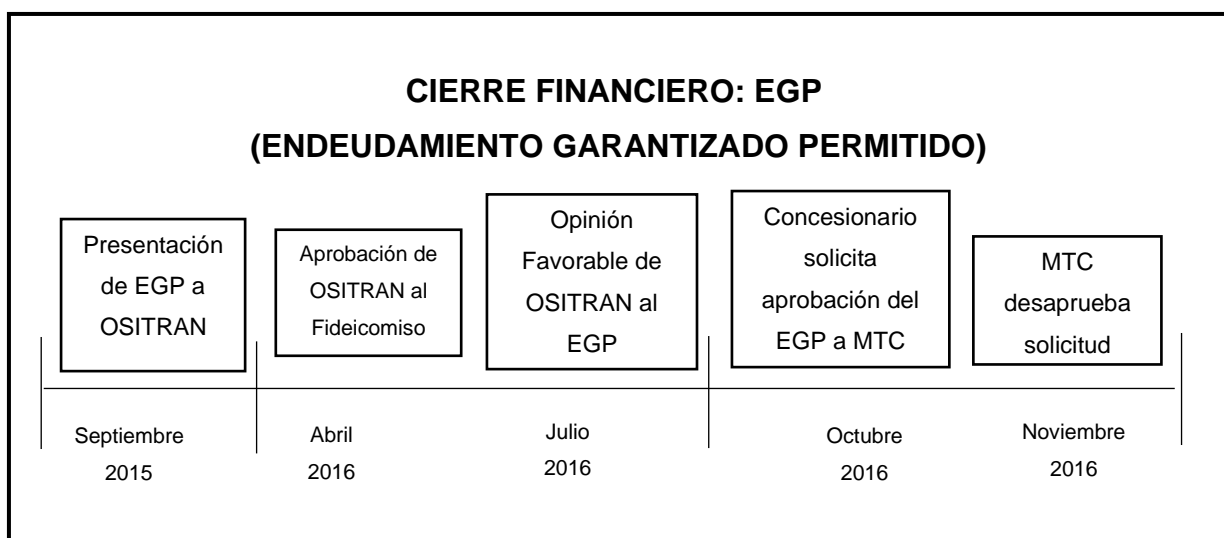
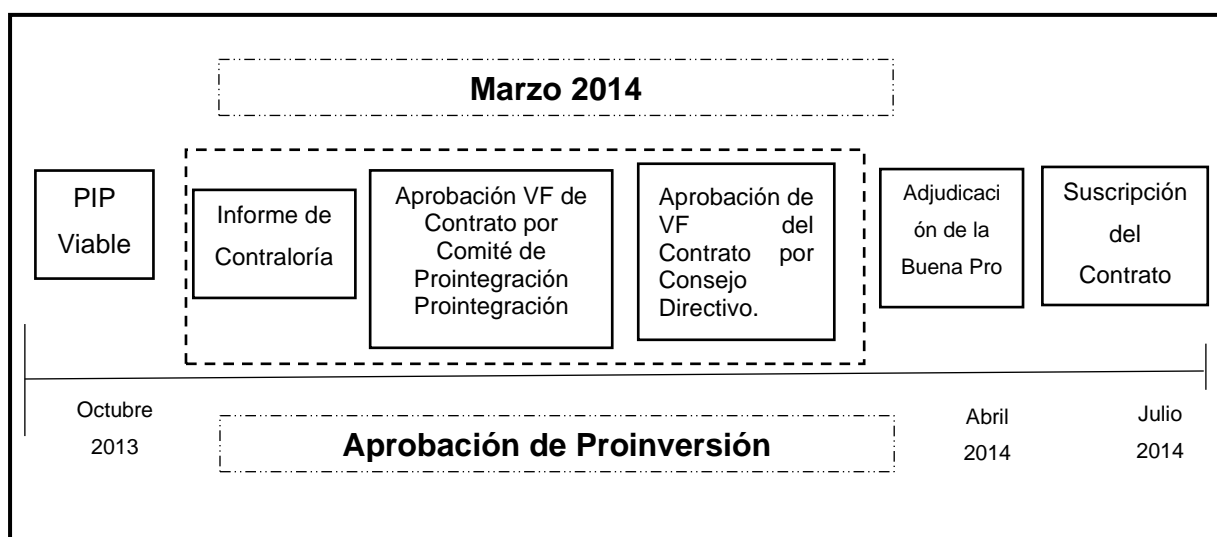
No existe un parámetro que determine que necesariamente el Estado va a asumir en menor porcentaje frente al privado, porque ello dependerá de la naturaleza del proyecto y de lo que se haya establecido en el contrato APP.

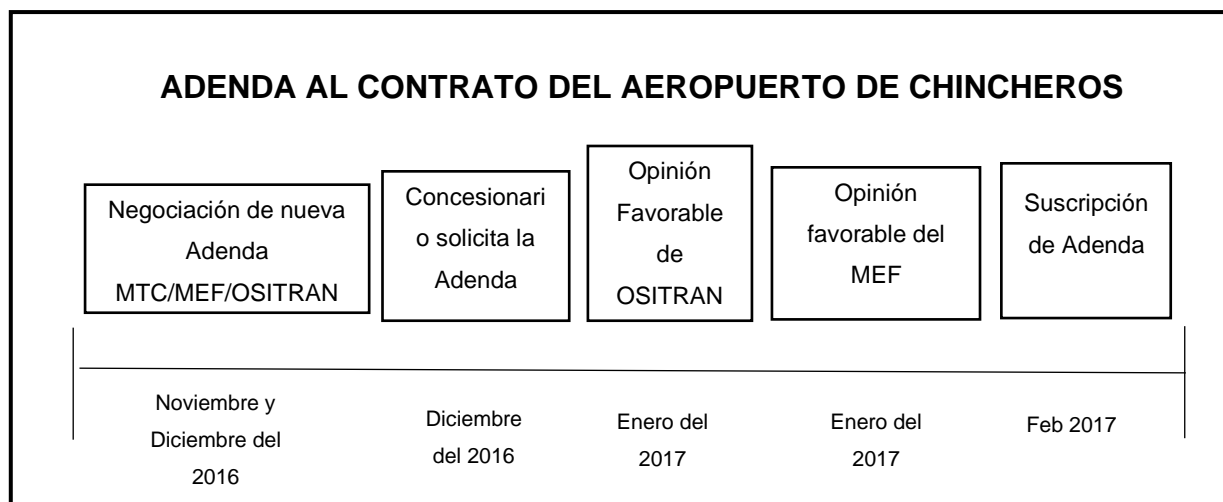
Ahora bien, la desnaturalización del contrato APP surge cuando a través de una adenda se altera el equilibrio económico financiero que no puede ser modificado mediante adenda.

1.1.5. Antecedentes del caso del Aeropuerto de Chinchero-Cuzo

En los siguientes cuadros veremos de manera cronológica los hechos suscitados del caso del Aeropuerto de Chincheros-Cuzco, desde que se determinó que el proyecto iba a llevarse a cabo mediante el mecanismo de inversión privada hasta la suscripción del mismo y la negociación y ulterior suscripción de la adenda, aquello para entender la problemática de la presente investigación.

TABLA N° 02
ANTECEDENTES DEL CASO AEROPUERTO DE CHINCHERO-CUZCO





Fuente: Elaboración propia.

1.1.6. Actores Intervinientes en la elaboración del expediente técnico

El tema de discrecionalidad se refiere a que el Estado y sus funcionarios pueden reunirse con los inversionistas para ir delineando el proyecto. En el proceso de selección, hay bases, requisitos de índole técnico como en cualquier proceso de selección.

Ahora hay que tener en cuenta que las opiniones de los organismos reguladores no son vinculantes. Al no tener presión encima pueden dar una opinión mucho más técnica, sin presión política, ya dependerá de si se toma en cuenta o no, pero eso permite darles la libertad de poder emitir su pronunciamiento.

- **PROINVERSIÓN:** Es el organismo público encargado de ejecutar la política nacional de promoción de inversión privada, se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, tiene competencia nacional, brinda asesoría si así lo requieren los Gobiernos Regionales y Locales. Se encarga de promover la inversión privada ya sea mediante la figura de las Asociaciones Público Privadas, como las Obras por Impuesto o los proyectos en activos. Para el caso del Aeropuerto de Chincheros Proinversión intervino como promotor de la inversión privada, debido a que el proyecto era de su competencia por ser de interés nacional, encargándose de la elaboración del expediente técnico, la participación de Proinversión termina cuando se suscribe el contrato.

- **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS:** Es el órgano director de la Dirección General de Políticas de Promoción de la Inversión Privada. La opinión previa del MEF se realiza sobre lo informado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En la adenda el MTC informó que el proyecto de adenda cumplía con lo establecido en el Reglamento. En ese sentido el MEF no puede ejercer funciones asignadas a otras entidades.
- **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO:** Para el caso del Aeropuerto de Chincheros, se debió pronunciar sobre la tasa, debido a que el contrato lo obligaba a evaluar la variable.
- **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES:** En el contrato del Aeropuerto de Chincheros se establecía que la calificación de Acreedores Permitidos y EGP corresponden al Concedente (MTC). Legalmente al MTC le corresponde evaluar las condiciones de competencia, así como el procedimiento de modificación contractual. En un proceso de modificación contractual el MTC es responsable de garantizar el valor por dinero del contrato original.
- **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:** En los contratos APP, la CGR emite opinión previa no vinculante en la fase de transacción; con el informe previo de la CGR, además de la opinión favorable del MEF, el Organismo Promotor de la Inversión privada aprueba la versión final del contrato, y con ello, los postores presentan sus propuestas, adjudicándose el proyecto a la mejor oferta presentada de acuerdo a lo establecido en las bases del proceso de selección.

Algunas Municipalidades cuentan con una gerencia de inversión privada (órgano de línea dentro del organigrama de la municipalidad), ellos llevan a cabo sus proyectos de inversión sin requerir-necesariamente-la intervención de Proinversión, estos órganos en línea pueden estar ubicados independientemente o dentro de una gerencia de infraestructura por citar un ejemplo.

A falta de un órgano en línea, se constituye un comité, no necesitan crear un órgano de línea. Hay que precisar un aspecto importante, y es que los comités actúan únicamente para determinado proyecto, aunque con las mismas facultades que

tiene un órgano de línea, la única diferencia radica en que éstos últimos son perennes. Hay gobiernos locales que son muy pequeños y resultaría costoso crear un órgano de línea.

Los comités están formados por tres altos funcionarios, la norma no señala cuantos funcionarios debe tener, solo lo señala para el caso de ministerios, pero para homogenizar las cosas, se toman tres como mínimo, puede ser el Gerente de Infraestructura, el Gerente de Planeamiento, el Gerente Municipal, entre otros. Lo que se prefiere es que los que sean designados tengan de preferencia conocimiento de proyectos de inversión, es decir, que estén ligados a la labor de infraestructura de proyectos, para que pueda comprenderse como es que se da el manejo de la inversión privada.

Hay que tener en cuenta que el órgano máximo del Gobierno Local y Regional, no es el alcalde, no es el gobernador, es el consejo regional o concejo municipal.

El Sistema Nacional de Inversión Privada cuyo órgano rector es el Ministerio de Economía y Finanzas, actúa a través de la gerencia de Promoción de la Inversión Privada, Proinversión está adscrito al MEF.

1.1.7. Principales errores destacados en la elaboración del expediente

Antes de analizar a profundidad los errores que se reflejaron en el expediente técnico del AICC, debemos tener en cuenta que si el Estado quiere llevar a cabo proyectos de inversión debe elaborar un documento de gestión, esto es, tiene que elaborar el informe multianual de inversión privada, donde el Estado identifica de antemano que proyectos pueden llevarse a cabo vía APP o vía obra pública y para poder determinarlo utiliza toda una metodología, en el que llegado a determinado puntaje se puede saber en base a criterios previamente fijados y establecidos que mecanismo conviene utilizar en determinado proyecto de inversión.

Esto es a lo que se le denomina los famosos “criterios de legibilidad” y por citar de manera breve algunos ejemplos, se utiliza dentro de otros criterios si el proyecto que pretende llevarse a cabo tiene un símil en el Perú, es decir, si antes se ha llevado a cabo un proyecto parecido al que se propone, esto indudablemente tiene un puntaje mayor que un proyecto que nunca ha sido ejecutado o que tiene un símil

pero en el extranjero, debido a que demanda de gran inversión por parte de los inversionistas y evidentemente también del Estado, no olvidemos que el Estado adquiere una deuda financiera a futuro, otro criterio a tomar en cuenta es si la entidad cuenta con la capacidad para poder llevar a cabo un proyecto de esa naturaleza, y para ello se requiere necesariamente contar con especialistas.

Además, uno de los aspectos más resaltantes es que, bajo el esquema APP no solo se tiene en cuenta la elaboración de determinado proyecto, sino también la operación y mantenimiento, lo que en definitiva implica un alto costo para el Estado y es por ello que termina concesionándolo. El problema principal radica cuando no se elabora adecuadamente el expediente técnico, cuando no se tiene en cuenta los aspectos más relevantes del contrato, esto es, el aspecto económico, para el caso que se analiza surgieron diversos errores en el diseño del AICC, que implicaba la existencia de vacíos contractuales como explicaremos a continuación:

- **NO SE HABÍA ESTABLECIDO UNA TASA MÁXIMA:** La tasa no fue un factor de competencia, la tasa no estaba definida en el contrato y tampoco se había establecido un tope. Y como no existía una tasa máxima en el contrato, su determinación requiere necesariamente del acuerdo entre las partes intervinientes, debido a que ninguno estaba en la posibilidad, ni mucho menos habilitado contractualmente a imponer su posición. Hay que tener en cuenta que en un informe previo a la adjudicación la CGR advirtió de este detalle; sin embargo, PROINVERSIÓN hizo caso omiso a lo señalado por la CGR.
- **LA REDUCCIÓN DE LA TASA NO ERA EXIGIBLE:** Las recomendaciones del CAF y CGR estaban orientadas a negociar la tasa, a efectos de reducirla. Ante la falta de definición del contrato, el concedente no tenía mecanismos legales ni contractuales para exigir la reducción de la tasa al concesionario. Se requería del acuerdo entre las partes.
- **NO SE HABÍA ESTABLECIDO UNA FECHA PARA EL CIERRE FINANCIERO:** Según el contrato, el inicio de obras requería del cierre Financiero, debía realizarse 30 días antes del Inicio de obras, lo cual tornaba al mecanismo como un círculo vicioso. Esto quiere decir, que no existía una fecha específica para exigir la realización del Cierre Financiero, tornando totalmente lento y sin sentido el proyecto que pretendía llevarse a cabo.

- **OSITRAN EVITÓ PRONUNCIARSE SOBRE LA TASA:** Ositran emitió opinión favorable a la propuesta de EGP presentada por el concesionario, evitando intencionalmente pronunciarse sobre la tasa, pese a que el contrato lo obligaba a evaluar dicha variable. El contrato de concesión del Aeropuerto establecía la autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido (EGP) en el numeral 10.4.7 que los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización, gastos de emisión, comisiones, penalidades por pago anticipado, seguros, impuestos, garantías, entre otros, requerían la aprobación del concedente, previa opinión técnica de OSITRAN.
- **SI SE ACEPTABA EL CIERRE FINANCIERO:** Implicaba darle una solución rápida al problema y por consiguiente se daría inicio a las obras, el problema era que el perjuicio económico al Estado, por la propuesta que el CONCESIONARIO le había presupuestado era excesiva, pero ello se debió como se explicó líneas arriba a que no se planteó adecuadamente un límite a la tasa. Añadido a ello, es que podía darse la posibilidad de generar responsabilidad por el mal uso de los recursos públicos.
- **CADUCIDAD Y CONTROVERSIA CIADI:** Un tercero imparcial evalúa la situación analizando los argumentos de las partes, sin embargo debemos tener en cuenta que en base al diseño del contrato éste no te permitía caducar dado que en el mismo no se establecían plazos para la acreditación del Cierre Financiero, por lo que no podría imputársele incumplimiento por parte del concesionario. Esto quiere decir, que si se opta por resolver el contrato de manera unilateral, también le causaría perjuicio económico al Estado, toda vez que, generaría un costo aproximado de US\$ 8MM y un potencial arbitraje CIADI (Como en el que actualmente el Estado Peruano se encuentra sometido). Si se optaba por continuar con el contrato y solucionarlo vía CIADI, implicaba una demora de 2 a 6 años aproximadamente y aquello implicaba una postergación del inicio de obras por ese plazo. Lo que económicamente significaba por el costo de demora de s/. 53, 7 MM por año de retraso (Reducción del valor actual neto social).
- **TRAR DE REDUCIR EL COSTO DE FINANCIAMIENTO:** Algunos ahorros por la negociación de algunos costos asociados a la tasa. Según el análisis de CAF,

la optimización del costo financiero hubiera llegado como máximo a reconocer una tasa implícita de 19.5 % (incluyendo el Spread de 2,5 %). Continúa siendo una tasa alta, porque el Concedente pagará el PAO más el IGV correspondiente previa presentación de la factura por parte del CONCESIONARIO.

- **ADENDA DE BANCABILIDAD:** Aquello significa un ahorro para el Estado debido a que se prescindiría de cualquier tipo de endeudamiento, pero implicaba un riesgo político. Como podemos ver, el problema surgió por la inadecuada valoración de los costos económicos que iba a sufrir el Estado, en donde las entidades que se suponían estaban a cargo no cumplieron adecuadamente con sus funciones, provocando que el proyecto termine finalmente por no llevarse a cabo.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS DE PROINVERSIÓN EN LA ELABORACIÓN DE LOS EXPEDIENTES TÉCNICOS DE LAS APP

En este segundo capítulo trataremos sobre la responsabilidad administrativa funcional en la que incurrirían los funcionarios de Proinversión durante la elaboración de los expedientes técnicos de las APP; asimismo, estudiaremos los principios de las Asociaciones Público Privadas y del Procedimiento Administrativo Sancionador de cara a comprender el rol que cumple la Contraloría General de la República.

2.1. Los alcances de la responsabilidad administrativa en el Perú

De los funcionarios y servidores públicos depende en buena parte, que exista un correcto funcionamiento estatal, el mismo que está orientado al fiel cumplimiento de la Constitución y de las normas aplicables a cada entidad.

Dicho cumplimiento está orientado a proteger el bien común y general de la población, que se protege a través de la intervención por parte del Estado; La responsabilidad en general, implica hacer referencia a un concepto muy amplio pues existen diversos tipos de responsabilidad en el sistema jurídico peruano; sin embargo, existe una característica común entre ellos, y es que todos prescriben efectos y/o consecuencias a un sujeto por alguna acción u omisión; las consecuencias en estricto dependerán de la naturaleza del hecho y normas que regulen dichas instituciones.

Para poder conceptualizar la noción de la responsabilidad en materia administrativa, primero debemos identificar a el agente al cual se le han asignado previamente funciones de obligatorio cumplimiento y que tienen además carácter público por la calidad del agente, y por supuesto, por encontrarse dicha calidad al servicio de la nación, tal y como lo establecido la Constitución.

Paz (2017) precisa que:

El concepto de responsabilidad radica en las consecuencias jurídicas derivadas de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos, siempre que estas se encuentren acompañadas de una condición insoslayable referida a que dichas consecuencias deben haberse producido dentro del ejercicio de las funciones asignadas. (p.34)

Es importante tener en cuenta lo anterior, toda vez que, ello nos permitirá encajar supuestos específicos en cada caso en concreto, más aún si lo que se busca es atribuir responsabilidad funcional al ente encargado de llevar a cabo todo el proceso de promoción de la inversión privada, como lo es Proinversión.

Proinversión, es una entidad adscrita al Ministerio de Economía y finanzas, y tienen como función principal promover la inversión privada, su participación es obligatoria en proyectos de gran envergadura; sin embargo, en el caso de los gobiernos locales y regionales o los órganos en línea es facultativo, toda vez, que si así lo creen conveniente pueden solicitar asesoría de Proinversión.

Aunque existen muchos proyectos ejecutados en el Perú bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas que han sido exitosos, en especial las App autofinanciadas, el actuar de Proinversión ha sido duramente cuestionado, y un claro ejemplo de ello, es el famoso caso Aeropuerto de Chincheros Cuzco.

Justamente, cuando se trata de responsabilidad administrativa funcional, se busca hacer referencia para este caso en específico a la omisión por parte de un funcionario. En el caso del Aeropuerto de Chincheros-Cuzco, se advirtió a Proinversión que estableciera en el contrato una tasa mínima de endeudamiento; sin embargo, Proinversión hizo caso omiso, generando los problemas que actualmente conocemos: un proyecto que ha generado que el Estado peruano actualmente esté sometido en un arbitraje internacional.

Aquí debemos precisar que no se trataba de un contrato en el cual se estableciera la menor cuota consistente en el establecimiento del capex (capital) más la tasa, sino que, se trataba de un menor capex (capital), que en pocas palabras implicaba que la tasa tope debía estar contenida en el contrato, debido a que los postores, para el caso anteriormente citado, solo presentarían sus propuestas económicas financieras en función a un menor capex (capital), generando la obligación de que sea Proinversión el que ponga el tope de la tasa que debían asumir en el cofinanciamiento, lo cual evidentemente no se hizo y por ello surgieron los problemas que han sido tratados y explicados ampliamente en el Capítulo I.

En ese sentido, entendemos que los funcionarios eventualmente pueden causar un grave perjuicio económico al Estado por su actuación u omisión. A diferencia de cualquier otro funcionario, los funcionarios de Proinversión tienen potestad discrecional; sin embargo, su discrecionalidad siempre tiene que estar guiada en los principios que contempla la Ley de Asociaciones Público Privadas, que en aspectos generales implica, que tomen la opción que más beneficie al proyecto.

Por ello, es necesario comprender que se entiende por potestad discrecional, y sobre todo, bajo qué criterios toman las mejores decisiones los funcionarios para que de esta forma siempre se busque beneficiar al proyecto.

2.1.1. Responsabilidad administrativa funcional

Antes de comprender más a fondo en que consiste la responsabilidad administrativa funcional, es necesario tener en cuenta que dentro de la administración pública existen dos tipos de responsabilidades administrativas: la disciplinaria y la funcional que a menudo pueden confundirse pues ambos tienen una estructura muy similar, en ambas existe investigación preliminar, fase instructiva, fase sancionadora y finalmente existe una segunda instancia.

Sin embargo, su diferencia radica en el ente que “sanciona”, así tenemos que en el procedimiento administrativo disciplinario (PAD) el ente que sanciona es la misma entidad a la que pertenece el funcionario, es decir, el jefe inmediato o el que tenga a cargo la oficina de RH (Recursos Humanos); en cambio, en la responsabilidad administrativa Sancionador (PAS) el ente encargado de la fase instructiva es la CGR y en segunda instancia el Tribunal Superior de Responsabilidades

Administrativas, todo ello teniendo en cuenta que se inicia el procedimiento sancionador con el informe de control emitido por la CGR. Ahora bien, teniendo en cuenta lo antes expuesto, podemos definir la responsabilidad administrativa funcional de la siguiente manera:

La responsabilidad administrativa funcional es aquella en la que incurren los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones contravienen las normas del ordenamiento jurídico administrativo general y/o normas que regulen procedimientos administrativos especiales (como sería el caso de los procesos de contratación regulados en la Ley de Contrataciones del Estado), así como las normas internas de la entidad, independientemente de si el vínculo contractual está vigente o extinguido. Asimismo, incurren en este tipo de responsabilidad los funcionarios que hayan realizado una gestión deficiente. (Paz, 2016, p. 35)

Así, se puede afirmar que el proceso de atribución de responsabilidad administrativa no es arbitrario, toda vez, que el mismo se fundamenta en normas constitucionales, leyes y reglamentos (de cada entidad) que son indispensables conocer para la atribución y determinación de responsabilidad administrativa funcional.

En referencia a lo anterior, la CGR al ser la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control, supervisa, vigila y verifica la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado; en los procesos de promoción de la inversión privada ejecutar bajo la modalidad de APP, la CGR emite un informe previo no vinculante el cual deberá referirse únicamente a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado.

En ese sentido, si la CGR identifica responsabilidad administrativa funcional adopta las acciones para la determinación de responsabilidad y la imposición de la correspondiente sanción de conformidad con el artículo 11° de la Ley N° 27785.

2.1.2. El rol de la Contraloría General de la República

La CGR está plenamente facultada para realizar el control correspondiente en todo el proceso de promoción de la inversión privada y en general en aquellos proyectos en donde se comprometa el tesoro público. En ese sentido, la CGR debe/puede realizar los siguientes controles: previo, simultáneo y posterior. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 82° que:

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del sistema nacional de control, supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

A su turno, la Ley N°27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República) establece en el artículo 45° que la CGR:

Ejerce potestad para sancionar cuando se determine responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del sistema. La contraloría, es en ese caso la entidad supervisora que se encargará de verificar que se haya seguido con el procedimiento legalmente establecido y que los actores hayan actuado conforme a sus facultades y/o atribuciones.

De la definición dada por la Ley antes citada, se puede inferir que el rol que cumple la CGR es de vital importancia para la correcta administración pública, en tanto dicho control está directamente relacionado con el heraldo público, de esta manera no solo se frena los presuntos actos de corrupción, sino que también se supervisa la labor de los funcionarios y/o servidores públicos para orientarlos adecuadamente y prevenir resultados dañinos para el Estado, todo esto claro está bajo un correcto control, es importante precisar que la CGR no tiene como objeto principal sancionar, todo lo contrario, lo que busca es orientar y evitar resultados irreversibles y perjudiciales.

Es importante tener en cuenta la Resolución de Contraloría N°202-2019-CG de fecha 11 de julio del 2019, en donde el Tribunal Constitucional en el expediente N° 0020-2015-PI/TC, publicada el 26 de abril de 2019, reconoce que no es inconstitucional la facultad instructora y sancionadora de la CGR; sin embargo, indica que si es inconstitucional el artículo 46 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la CGR, la misma que enumera las conductas infractores en materia de responsabilidad administrativa funcional.

A fin de comprender y aplicar correctamente la sentencia emitida por el TC, el apoderado especial del Congreso de la República presentó un pedido de aclaración ante el Tribunal Constitucional entre otras en relación a las auditorías en trámite; en razón a ello, el 04 de junio del 2019 el TC se pronunció señalando que: “respecto de los procedimientos administrativos sancionadores iniciados durante la vigencia de la Ley N° 29622 que se encuentran en trámite, son los órganos competentes de

la CGR quienes deben determinar lo que corresponda tomando en cuenta que el artículo 46 de la Ley N° 27785-incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 29622 ha sido declarado inconstitucional”

Con fecha 12 de julio del 2019 mediante Resolución de Contraloría N° 202-2019-CG de 11 de julio de 2019, se resuelve que no se aplican las disposiciones sobre la identificación y desarrollo de la responsabilidad administrativa funcional, sujeta a la potestad sancionadora de la CGR, para cuyo efecto, en los casos de las auditorías de cumplimiento en las que se identifiquen responsabilidades administrativas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales identificadas en el informe, el procesamiento y deslinde de responsabilidades administrativas corresponde a la entidad auditada.

Resolución que se mantiene vigente, toda vez que, aún el Congreso de la República aún no aprueba el Proyecto de Ley que contiene los supuestos de responsabilidad administrativa funcional.

2.1.2.1. Informes emitidos por la Contraloría General de la República

La acción de control es la herramienta que utiliza la administración (la CGR) en su sistema, para la cual el personal técnico capacitado y los auditores aplican las normas, procedimientos, y principios, a fin de efectuar la verificación y evaluación de las acciones, actos y resultados del desempeño en la gestión y/o administración de los recursos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos.

El Informe de control es considerado prueba preconstituida, de tal forma, que el mismo puede ser utilizado en un procedimiento administrativo sancionador como medio de prueba de responsabilidad administrativa funcional.

De conformidad con el art. 15° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la CGR, son atribuciones del sistema:

Emitir como resultado de las acciones de control efectuadas, los informes respectivos con el debido sustento técnico legal, constituyendo prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.

Así mismo, la Sala Penal de la Corte Suprema, con fecha 18 de abril del 2007, en el Expediente N° 5667-2006-Lima, señala:

(...) Así no obre en autos un informe de pericia contable, es de precisar que el carácter de prueba preconstituida del Informe Especial de la Contraloría General de la República, contrastado con los demás medios de prueba, es factible de generar convicción y certeza respecto al ilícita materia del proceso.

Finalmente, debe precisarse que dentro del control que efectúa la CGR están contenidas las recomendaciones que básicamente están orientadas a la mejora de la gestión de la entidad bajo su supervisión, así como para el inicio de acciones administrativas, si es que producto del control se ha evidenciado que existe una presunta responsabilidad administrativa, civil o penal de ser el caso.

2.1.2.2. Sanciones derivadas del proceso de control

La Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la CGR, ha establecido las conductas infractoras graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional; no obstante, mediante Ley N° 30742 se modifica el artículo 46° sujetas a la potestad sancionadora de la CGR, siendo las conductas infractoras las siguientes:

1. Incumplir las disposiciones del marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas.
2. Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones de las normas de la función pública.
3. Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.
4. Incurrir en cualquier acto u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones.

Las sanciones tienen como finalidad: orientar la conducta de los funcionarios, prevenir comportamientos que atenten contra el cumplimiento de las obligaciones, prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones, cumplir con su carácter punitivo, proteger los intereses del Estado.

Los tipos de sanciones son las siguientes:

1. Los funcionarios o servidores que incurren en responsabilidad administrativa funcional son sancionados con inhabilitación para el ejercicio

de la función pública, que es la pérdida de la capacidad legal para el desempeño de las funciones. La señalada incapacidad legal supone la extinción del vínculo jurídico de la función pública, así como el impedimento para obtener un nuevo mandato, cargo o empleo de carácter público.

2. La suspensión temporal, en el ejercicio de las funciones, según corresponda a la gravedad de la infracción en que hubieran incurrido. Comprende la separación del cargo y la suspensión del goce de remuneraciones, compensaciones o beneficios cualquier índole.

Los funcionarios y servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional serán sancionados de acuerdo con la siguiente escala:

- a) La infracción grave se sanciona con suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 30 días y hasta 360 días, o inhabilitación para el ejercicio de la función pública no menor de 01 ni mayor de 02 años.
- b) La infracción muy grave, se sanciona con Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 02 ni mayor de 05 años.

2.1.3. De todo el marco jurídico, ¿Qué normas son aplicables para imputar responsabilidad administrativa a los funcionarios de Proinversión?

Para responder la interrogante planteada, es importante subrayar que, la actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de actos reglados y actos no reglados o llamados también como los actos discrecionales (potestad discrecional).

Pero, ¿qué se entiende por potestad discrecional? El Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia contenida en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC del 05 de julio del 2014, que los actos no reglados o discrecionales, suponen que los entes administrativos gocen de libertad para decidir sobre un asunto en concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer, o en su defecto, cómo deben hacerlo.

Y ello no implica que de pronto los funcionarios con dicha potestad, tomen decisiones arbitrarias, debido a que se supone que al menos en este tipo de

proyectos, deciden en base a la experiencia obtenida en anteriores proyectos similares, y toman la decisión que resulte más beneficiosa para el proyecto.

Continúa el TC señalando que la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad amén de las valorizaciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

Además, la discrecionalidad administrativa con la cual cuentan los funcionarios de Proinversión, está enmarcada dentro de los límites de legalidad, por cuanto, la decisión que adopten debe fundamentarse en criterios objetivos.

Otro punto, que hay que recalcar es que, la discrecionalidad no implica que el funcionario decida deliberadamente lo que crea es conveniente, pues éste debe justificar su decisión en base a criterios lógicos y jurídicos que permitan deducir que la decisión adoptada beneficia al proyecto.

En el caso de chinchero representantes del gobierno afirmaron públicamente que el contrato de concesión era defectuoso, tenía errores. Es necesario precisar que, de la revisión de información de años anteriores, nunca se había reconocido públicamente errores y deficiencias en el diseño o en la administración e interpretación de los contratos; no obstante, es necesario precisar que actualmente existen lineamientos que restringen mucho más la potestad discrecional que tienen los funcionarios de Proinversión.

2.1.4. Principios del derecho administrativo sancionador

La función de señalamiento de responsabilidades y determinación de responsabilidad administrativa funcional que corresponde a la CGR, responde a principios y derechos fundamentales aplicables a la función de control del Estado, justamente porque la atribución de responsabilidad por alguna acción u omisión que ha generado un perjuicio al Estado, de la cual pueden derivarse responsabilidad de distinta naturaleza, entiéndase dentro de ellas: la responsabilidad civil, penal y administrativa.

La administración pública cumple un papel importante dentro de la sociedad, es por ello que al igual que en el derecho penal, “la justicia administrativa es definida como la actividad de la administración pública que debe orientarse

a la realización o satisfacción de intereses públicos concretos, con el pleno respeto a los derechos e intereses públicos. (Távora, 2016, p.10)

En ese sentido, para imputarle responsabilidad a algún funcionario cuya potestad es discrecional, es importante tener en cuenta los principios del derecho administrativo sancionador, a fin de que se pueda determinar bajo qué circunstancias podría eventualmente atribuírseles responsabilidad administrativa a los funcionarios de Proinversión, pero antes de empezar a explicarlos, haremos una breve introducción de lo que es el derecho administrativo sancionador, así tenemos:

Alejandro Nieto (citado en Santy, 2017) nos dice que: “el derecho administrativo sancionador se convierte en un rasgo esencial para imponer sanciones ante el incumplimiento del marco normativo aplicable” (p.75). El incumplimiento del marco normativo evidentemente supone una sanción, pero la lógica y los principios que más adelante serán analizados, nos harán concluir que solo si están determinadas aquellas funciones y/o atribuciones corresponde como consecuencia de su incumplimiento: una sanción.

Sin embargo, no hay que dejar de lado lo que establece la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N°29622 (Ley que modifica la Ley Núm. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la CGR, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional” que establece lo siguiente:

En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas:

- Sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno.
- Si la decisión ha generado resultados negativos, no se cumplieron los objetivos y metas planteadas.
- Si la decisión se ha apartado del criterio o precedente sentado por el órgano rector competente en la materia.

Pero, ¿qué sucede si dichas funciones y/o atribuciones, no están previamente determinadas? Para responder aquello, es necesario tener en cuenta no solo los principios del derecho administrativo sancionador, sino también los principios de las asociaciones público privadas para el tema que nos compete.

Asimismo, Rojas (2015) concluye que: el derecho administrativo sancionador está presente en la interrelación cotidiana del Estado con sus administrados, es decir, aparece en cada sector de la vida diaria en que el Estado tiene presencia o interviene para regular dicha actividad. (p.67)

Y esta relación no solo está presente con los administrados, sino también aparece para sancionar a aquellas personas que asumen un cargo público y que, en esencia, deben velar por el interés público por ser una exigencia constitucional.

Guzmán (2017) señala que:

Los principios del procedimiento administrativo, como postulados rectores de la acción administrativa, tienen como finalidad encausar, controlar y limitar la actuación de la administración y de los administrados; constituye, en ese sentido, respecto de la administración, un control de la liberalidad y discrecionalidad con la que esta pueda actuar en la interpretación de normas o en la integración jurídica para resolver temas no regulados. (p.21).

Es importante, tener en cuenta que las sanciones que se pretenda imputar a un funcionario, deben enmarcarse dentro del principio de legalidad, y no hacemos referencia a la legalidad aplicada al derecho penal, en el derecho administrativo la legalidad tiene características muy particulares, las mismas que serán explicadas en el siguiente acápite.

2.1.4.1. Principio de Legalidad

Este principio hace referencia, a que, cualquier sanción que pretenda imponérsele a cualquier funcionario o administrado, deben estar previamente contemplado, toda vez, que la autoridad no tiene en ninguno de los casos atribuciones de carácter general.

Es decir, que la administración no puede bajo ninguna circunstancia sancionar a ningún funcionario ni administrado, si previamente no se ha determinado su ámbito de actuación, hacer lo contrario deviene en arbitrario.

Morante (2017) manifiesta que:

La diferencia entre una acción fuera de Ley y una actuación que se encuentra determinada por la discrecionalidad administrativa, que otorga la administración un determinado marco jurídico sobre el cual deba actuar a juicio propio bajo determinadas pautas, a fin de salvaguardar las consecuencias que tal breve margen de discrecionalidad puede causar sobre los derechos de los administrados. Ello sustentado en que “el principio

de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley. (p.308)

Lo que implica que primero debe verificarse si la conducta efectuada por el funcionario y/o servidor público es contraria no solo al ordenamiento jurídico general, sino al ordenamiento jurídico especial; ello en razón, a que todos los funcionarios dentro de una entidad cumplen roles distintos y tienen diferentes funciones, las cuales están previamente determinadas en la propia entidad y/o institución.

2.1.4.2. El principio de tipicidad

Por el principio de tipicidad que se confunde en ocasiones con el principio de legalidad sancionadora, incluso en sentencias del Tribunal Constitucional, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales sin admitir interpretación extensiva o analogía.

La constitución peruana establece en el artículo 2) numeral 24) literal d) que el principio de tipicidad en materia sancionadora implica que nadie puede ser sancionado por un hecho que no ha sido tipificado como infracción administrativa.

En mérito al principio de tipicidad, a descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. De ello se deriva la exigencia de la predeterminación normativa de los tipos infractores, es decir, para que una norma determine la existencia de una infracción debe predeterminarla normativamente, para así cumplir con el principio *lex certae*. (Vinatea, 2016, p. 60)

2.1.5. Principios de las Asociaciones Público Privadas

El Decreto Legislativo N°1012 “Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada” establece en su artículo 5) que en todas las etapas vinculadas a la provisión de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas, contemplarán los principios de: Valor por dinero,

transparencia, competencia, asignación adecuada de riesgos y responsabilidad presupuestal, y es necesario hacer mención a este decreto legislativo, toda vez, que el mismo no desarrolla un principio importante dentro del marco normativo de APP, que es el principio de enfoque de resultados.

El Decreto Legislativo N°1224 “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos” en el artículo 4), que en todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos se aplican los principios de: competencia, transparencia, enfoque de resultados, planificación y responsabilidad presupuestal. El Decreto Supremo N°410-2015-EF adiciona los principios de: valor por dinero y de adecuada distribución de riesgos de conformidad con lo que establece el numeral 11.2 del citado decreto legislativo.

El Decreto Legislativo N°1362 establece que los principios aplicables a todas las APP son los principios de competencia, transparencia, enfoque de resultados, planificación, responsabilidad presupuestal, integridad, valor por dinero, adecuada distribución de riesgos.

Con lo anterior, podemos visualizar que a lo largo de las diversas modificatorias, se han ido añadiendo principios, sin embargo, se han mantenido siempre, al formar principios indispensables del modelo APP los principios de valor por dinero, enfoque de resultados y adecuada asignación de riesgos, a excepción claro está de los principios establecidos por el D.Leg.1012, el mismo que no contempla el principio de enfoque de resultados.

A efecto de la presente investigación trataremos tres principios de la Ley de Asociaciones Público Privadas, que nos permiten vincular, en base a la potestad discrecional de los funcionarios de Proinversión, la posible responsabilidad en la que incurrirían.

2.1.5.1. Principio de Valor por Dinero

La Ley de App, tiene como principio nuclear el principio de valor por dinero, de hecho, el cambio de enfoque al utilizar esta herramienta contractual, se produce al requerirse el aporte del sector privado, que tiene la capacidad de financiar un proyecto, y que el Estado no tenga la necesidad de vender sus activos, para lo cual

deberá otorgarlos a través de concesión durante un largo plazo, que en tiempo y dinero resulte beneficioso para el Estado y para los ciudadanos.

Una APP debe ser entendida como un proyecto a largo plazo, para la provisión de servicios públicos o de infraestructura público con alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera, cuyo equilibrio financiero supone un cofinanciamiento parcial o total por parte del Estado. (Chávez, 2016, p.65)

En ese sentido, el valor por dinero además de ser un principio enumerado por todos los decretos legislativos de las Asociaciones Público Privadas, también es una característica particular de un modelo APP, toda vez, que lo que se busca no sólo es la construcción de un determinado proyecto, lo que implicaría costos no muy elevados para el Estado, en la realidad, lo que más costo le genera al Estado es mantener y operar dichas obras.

El problema se suscita generalmente en las suscripciones de adendas, lo cual implica que aumente el valor original del contrato. Lo que sucede es que, al tratarse de contratos incompletos, no es tarea fácil prever todos los escenarios por los cuales atravesará un proyecto; sin embargo, nunca debe perderse de vista, este principio en las modificaciones al contrato original. Nunca, pese a una probable variación en el contrato, se debe variar las condiciones por las cuales el Estado decidió en base a criterios de elegibilidad suscribir un proyecto bajo la modalidad de APP y no una obra pública tradicional.

El objetivo de este principio es la combinación óptima entre costos y calidad del servicio público que se les ofrece a los usuarios. La entidad titular del proyecto es responsable de que se genere el valor por dinero.

Primero, hay que tener en cuenta que se deben priorizar aquellos proyectos que promuevan la disponibilidad de infraestructura y/o servicios públicos.

2.1.5.2. Principio de Enfoque de resultados

El principio de resultados implica que las entidades titulares de los proyectos, adopten decisiones que permitan la ejecución oportuna de la inversión privada, identifiquen e informan también sobre los posibles problemas que podrían afectar el proyecto.

La aplicación de este principio se detalla en el reglamento en el cual se establece las reglas que las entidades públicas titulares de proyectos deben seguir, así tenemos:

- A) Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por aquella que permita la ejecución oportuna del proyecto, promueva la inversión, garantice la disponibilidad del servicio y/o permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto. En ese supuesto es evidente, que no solo se buscará a aquel postor que tenga amplia experiencia en el proyecto que pretenda llevarse a cabo, sino también que se tenga certeza que se llegara al nivel del servicio esperado. (La cursiva es nuestra)
- B) En todas las fases del proyecto, las entidades públicas titulares de proyectos deben dar celeridad a sus actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos. Si bien, siempre se deben respetar los plazos y procedimientos establecidos en la Ley APP, también es cierto que, en muchos de los casos se han presentado graves retrasos, lo cual genera un desincentivo para los inversionistas privados.
- C) En caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente en términos de costo beneficio, optar por el trato directo en lugar de acudir al arbitraje, la entidad pública titular del proyecto debe preferir resolver dichas controversias mediante trato directo. Este es el gran dilema, debido a que si no se cumplen con los plazos que la ley APP impone para el trato directo, inevitablemente se tendrá que recurrir al arbitraje, lo cual implica que, el proyecto no se ejecute, porque lo único que se determinará en el arbitraje, es la responsabilidad que le corresponde a uno de los sujetos intervinientes por su incumplimiento, el proyecto queda paralizado. Lo que no sucede con los Contratos NEC3, en donde se busca principalmente que las controversias no afecten el normal desarrollo del proyecto, pero claro, aunque suene bien, estos proyectos terminan siendo realmente costosos para el Estado, sin embargo, permite que se ejecuten, debido a que su mecanismo de resolución de conflictos es mucho más eficiente, y permite que bajo ninguna circunstancia la obra quede paralizada, el estado asumirá los sobre costos y los sobreplazos.

Además, el reglamento añade que, para la publicación de estas reglas, el órgano competente de la entidad pública titular del proyecto, debe sustentar técnica, financiera y legalmente sus decisiones. Establece que los órganos del sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta.

2.1.5.3. Principio de adecuada asignación de riesgos

Este principio también constituye uno de los principios más resaltantes de las Asociaciones Público Privadas, y que además está ampliamente vinculada con el principio de valor por dinero, añadido a ello una adecuada asignación de riesgos permitirá que los proyectos sean exitosos.

En el Perú, a lo largo de los años, el Estado ha ofrecido numerosas garantías al sector privado para el desarrollo de proyectos APP, incluso en algunos proyectos a diferencia del modelo adoptado por el resto de países en América Latina, el gobierno del Perú ha asumido también el riesgo de construcción, esto ocurrió, por ejemplo, en las cuatro concesiones que conforman el proyecto de la carretera Interoceánica. (Alva, 2017, p.57).

La ley señala que debe existir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y privado, de manera que, la parte que se encuentre en mejores condiciones de soportar el riesgo, sea la que lo asuma. En ese sentido se hace referencia a la mayor capacidad para administrarlos, que implica contar con mayor experiencia, conocimientos o tener las herramientas necesarias para evitar su ocurrencia, y en caso de que ocurran mitigarlos al menor costo posible.

Lo cierto, es que se preferirá que dichos riesgos sean asumidos por los privados, pero como señala la autora en todo momento, ello dependerá de la naturaleza del proyecto, pues no puede pretenderse que el privado asuma los riesgos en todos los proyectos, pues habrá proyectos que no serán muy atractivos para el sector privado, y será el Estado quien deberá hacerse cargo no solo de construcción, sino también deberá pagar parte de la operación y mantenimiento para volverlo más atractivo.

Dado que tienen la libertad de diseñar, elegir y optimizar el uso de recursos, y maximizar la generación de ingresos también se les traslada la responsabilidad de mitigar los riesgos del proyecto en lo que le compete a su expertise y capacidad (riesgos de mercado, financieros, de construcción, de operación,

medioambientales), así como de contratar seguros y otros mecanismos para riesgos como fuerza mayor, riesgos políticos, etc. (Cárcamo, 2017, p.7)

La normativa de APP señala que, para una adecuada distribución, se debe tener en cuenta el perfil de los riesgos por cada proyecto, de manera específica, pues cada proyecto tiene sus propias matices y riesgos, que generalmente asume el privado.

La distribución de riesgos no es arbitraria, de hecho, se tiene en cuenta los lineamientos de asignación de riesgos, que debe cumplir obligatoriamente Proinversión en los megaproyectos a su cargo, debido a que se encarga del diseño y de los contratos APP. Bajo esa premisa, se tiene entonces un instrumento muy bien estructurado, que permitirá a través de un procedimiento metodológico identificar o señalar los riesgos más relevantes del proyecto.

Es imprescindible identificar a primera mano el riesgo, establecer la práctica recomendada para su asignación aquí los riesgos serán compartidos, debido a que no existe solo la atribución de riesgos a una sola parte. En caso la oficina de promoción de la inversión privada decida apartarse de los lineamientos, deberá justificar su posición en el informe de riesgos.

No debemos olvidar, que este instrumento trata de convertir al sector público y al sector privado en socios de un mismo proyecto de tal forma que se compatibilicen los objetivos de cada sector, es decir, la rentabilidad socio-económica para el sector público y la rentabilidad financiera para el sector privado. (Chávez, 2016, p. 65).

Los principios rectores de las APP siempre estarán presentes en las fases del proyecto a desarrollar, garantizando la responsabilidad presupuestal en la elaboración del IMIAP, planificando la solución del proyecto tomando en cuenta la visión estratégica de cada entidad, garantizado el valor pro dinero, en cada una de las fases y buscando una óptima distribución de riesgos en la estructuración del contrato, aplicando en cada proceso un adecuado enfoque de resultados, y promoviendo la competencia y la transparencia en la adjudicación.

2.2. Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la facultad sancionadora de la Contraloría General de la República en el caso del Aeropuerto de Chinchero-Cuzco.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 00020-2015-PI/TC, publicada un año después de su emisión ante el diario oficial el peruano generó diversas interpretaciones; ante ello, el apoderado especial del Congreso de la República presentó un escrito de aclaración ante el máximo intérprete de la Constitución, por cuanto, la citada sentencia generaba diversas interpretaciones, en cuanto a sus efectos.

En relación a lo anterior, si bien la norma precisa en el artículo 121° del Código Procesal Constitucional que frente a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional no cabe plantear ningún recurso impugnativo, también reconoce que puede plantearse de oficio o a pedido de parte que se aclare la sentencia, con la finalidad de que no se realicen interpretaciones erróneas.

En relación a lo señalado, el apoderado del Congreso no busca que el TC cambie el sentido de la sentencia, solo busca que se aclaren las dudas sobre el sentido o interpretación de la sentencia, para su correcta aplicación y cumplimiento.

Siendo una de las preguntas presentadas en el pedido de aclaración la siguiente: ¿qué efectos tendría la sentencia respecto a los hechos que configuran infracciones bajo el alcance de la potestad sancionadora de la CGR, ocurridos a partir de la vigencia de la Ley N° 30742 (esto es desde el 29 de marzo de 2018)?

Asimismo, el apoderado especial del congreso también solicitó que en atención a lo expuesto, la sentencia disponga una “vacatio sententiae” para que durante dicho plazo el Congreso de la República pueda emitir una Ley que establezca las infracciones o supuestos de responsabilidad administrativa funcional para el correcto ejercicio de la CGR.

En esa misma línea, es conveniente señalar lo que Revollo (2017) opina sobre la Vacatio Sententiae:

Así, el aplazamiento o suspensión de los efectos jurídicos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, es lo que se ha denominado, la técnica de la Vacatio Sententiae, lo que vendría a ser una analogía de la

Vacatio Legis y, que dicho órgano autónomo emplea para referirse a la postergación de los efectos de sus decisiones al declarar la inconstitucionalidad de una norma; sin embargo, se debe precisar que dicha facultad, no implica en modo alguno, una total discrecionalidad o un accionar arbitrario por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario, toda vez que sólo se aplica en aquellos casos de imperiosa necesidad. (p. 213)

Ante ello, el presidente del TC, Blume Fortini, informó a través del diario gestión el 27 de abril del 2019, la suspensión de los efectos de la sentencia, decisión que fue adoptada en razón al escrito de aclaración presentada.

No obstante, la suspensión de los efectos de la sentencia, también fue cuestionada, por cuanto, no se emitió de acuerdo al procedimiento establecido, esto es, mediante una resolución, en la cual deberá indicarse lo que ha sido enunciado verbalmente mediante la prensa nacional.

¿La consecuencia? Que, en tanto no exista un pronunciamiento formal, las personas que han sido sancionadas, o se encuentran dentro de un procedimiento administrativo en trámite puedan valerse de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y solicitar el archivo definitivo.

Sin duda, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 25 de abril del 2018 signada en el expediente N°00020-2015-PI/TC, ha significado una grave limitación a la facultad sancionadora de la CGR, aunque la sentencia del Tribunal Constitucional la reconozca expresamente.

De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional (...) el primer párrafo del artículo 46 de la LOCGR señala que:

La CGR podrá sancionar a los funcionarios o servidores públicos que “contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen”. Dicho enunciado es extremadamente general y, por tanto, no cumple con los estándares mínimos que impone el subprincipio de tipicidad. (fundamento jurídico 49)

Como se anotó anteriormente, la CGR antes de que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 46° de la LOCGR, a criterio del Tribunal Constitucional contemplaba un marco legal muy amplio, además de contemplar supuestos de infracción no solo en la Ley sino también en el reglamento, lo cual

generaba una gran desventaja para los administrados que eventualmente podían estar inmersos dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

No obstante, la sentencia bajo análisis, reconoce expresamente la potestad sancionadora de CGR, dado que existían múltiples cuestionamientos por parte de los administrados quienes señalaban que la CGR no poseía dicha potestad; frente a ello, el TC ha precisado que la facultad sancionadora está implícita de su facultad supervisora, por ende, la CGR puede sancionar si detecta que se ha incurrido en responsabilidad administrativa funcional. Al respecto, Santy (2019) comentando la sentencia nos dice que:

La potestad sancionadora de la Contraloría no fue declarada inconstitucional, en ese sentido, aún se mantiene en vigencia dicha potestad. Sin embargo, con esta sentencia resulta incoherente que el TC haya preservado la potestad sancionadora de la Contraloría, pues sin conductas infractoras, con esta decisión, no resulta del todo útil mantener tal potestad sancionadora sin la posibilidad de poder identificar conductas por responsabilidad administrativa funcional. (p.5)

Lo anterior significa, como bien señala Santy, que carecería de sentido que el TC reafirme la potestad sancionadora de la CGR, si la misma, en la práctica no puede ser ejercitada al encontrarse vaciada de contenido. Ahora bien, teniendo en cuenta lo sostenido por el Tribunal Constitucional ¿De qué sirve, que la CGR realice sus funciones para la identificación de responsabilidad administrativa si posteriormente no va a poder imputarlas?

Por tanto, no es congruente que el TC reconozca su potestad instructora y sancionadora y a su vez declare inconstitucional el catálogo mediante el cual la CGR podía sancionar a los funcionarios y/o servidores públicos, lo que inevitablemente genera que la CGR se quede sin marco de actuación.

Ahora bien, el 29 de abril del 2019 la CGR presentó ante el Congreso el Proyecto de Ley N°4267-2018-CG “Proyecto de Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional en el marco de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República”, en el que en base a lo señalado por el TC se contemplan las conductas (supuestos) de responsabilidad administrativa funcional, frente a la sentencia que los deja sin norma especial con

la cual puedan actuar ante hechos graves o muy graves. Al respecto, Ramírez (2019) considera que:

Es deber del Congreso debatir lo antes posible los nuevos tipos infractores del procedimiento administrativo sancionador de la Contraloría, y promulgar la correspondiente ley, a efectos de cumplir con su rol constitucional conforme a lo señalado expresamente en la sentencia del Tribunal Constitucional, y minimizar la brecha de impunidad que se ha generado como consecuencia de la inconstitucionalidad de las conductas infractoras de la Contraloría. (p. 35)

Sin embargo, frente a la disolución del Congreso, la posibilidad de que promulgue una ley que enmarque la actuación de la CGR parece muy lejana, debido a que la comisión permanente tiene funciones muy específicas y la aprobación de una ley no le corresponde, en este caso, solo queda esperar que se instale un nuevo parlamento en aproximadamente cuatro meses, hasta entonces la sentencia sigue generando efectos negativos en la labor de la CGR.

No obstante, a lo señalado a pesar de la instalación del nuevo congreso, el proyecto de ley sigue sin ser aprobado.

Por otra parte, el Contralor Nelson Shack, en una entrevista para el diario Gestión, de fecha 11 de septiembre del 2019 afirmó que:

La Contraloría de la República no realizará una nueva auditoría relacionada a la adenda N° 1 del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional de Chinchero (Cusco) debido a que, de hacerlo y encontrar responsables, ya no tendrá la facultad de imponer una sanción administrativa a consecuencia del fallo del Tribunal Constitucional (TC) emitida en abril pasado. En ese sentido indicó que no se realizará una nueva investigación en torno a este caso. (s.p)

Asimismo, el Contralor General, Nelson Shack, también afirmó a través de la nota de prensa N°274-2019 CG/GCOC de fecha 24 de abril del 2019, que el fallo del Tribunal Constitucional deja sin marco legal a esta entidad fiscalizadora superior y en consecuencia, se estaría librando de responsabilidad a más de 15 mil funcionarios y servidores públicos a quienes se determinó responsabilidad administrativa y se encuentran en pleno procedimiento administrativo sancionador por la CGR.

Al margen de esta vulneración, resulta importante hacernos la siguiente interrogante: Si esto es así para funcionarios con potestad reglada, en donde la CGR está haciendo su máximo esfuerzo por tipificar de manera específica-tal como lo exige la sentencia- un catálogo extenso de 45 conductas infractoras graves o muy graves, ¿Se podría sancionar a funcionarios que tengan potestad discrecional? ¿Cuál es el límite entre el principio de tipicidad y la potestad sancionadora de la CGR? Cortez (2019) opina que:

En virtud de las tendencias garantistas y democráticas de los Estados modernos, evita que las conductas constitutivas como infracción administrativa puedan ser perseguidas de forma eterna y sin mayores problemas; hacer lo contrario, invitaría a constituir una administración pública impredecible, además de generar escenarios adecuados para el abuso o desmedida discreción en cuanto a la instauración y trámite de los procedimientos administrativos sancionadores. (p. 234)

Es evidente entonces, que, en este caso en concreto, podríamos deducir que la sentencia exige que se cumpla con el principio tipicidad para poder imputar responsabilidad administrativa funcional; sin embargo, no se podría cumplir con el principio de tipicidad en aquellos casos en donde los funcionarios tienen potestad discrecional.

Sin embargo, ello no quiere decir que no existan límites para los funcionarios que en uso de su potestad discrecional adoptan decisiones, recordemos que la discrecionalidad administrativa siempre debe estar sustentada en el principio de legalidad; por lo cual ningún funcionario podrá adoptar decisiones arbitrarias amparándose en el uso de su potestad discrecional, dado que, las decisiones que adopten deben estar referidas a alternativas legalmente viables.

En relación al caso del AICC, el informe de auditoría determinó que existió un error en el diseño, y que el Estado peruano ante tal caso se encontraba en desventaja frente al consorcio.

A pesar de que el Estado peruano y el consorcio Kuntur Wasi intentaron solucionar la controversia vía trato directo. No obstante, y dado que el trato directo no fue posible, con fecha 21 de junio del 2018 el Consorcio Kuntur Wasi presentó una solicitud arbitral contra el Estado peruano, conforme puede verificarse de la nota de prensa publicada por el Diario Gestión el 23 de junio del 2018.

Problema que generó que actualmente ambas partes estén sometidas en un arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante CIADI, por la resolución del contrato de concesión del AICC.

La realidad es que, los funcionarios toman decisiones en base a la información disponible; no obstante, a ello los errores no fueron evidenciados en ese momento, sino mucho después en donde la CGR pretende sancionar por el perjuicio que se ha causado, fundamentando que la información obtenida no era la correcta. Al respecto las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC, 2018) precisaron:

[...] Se agregó una adenda (probablemente ilegal) al plan del proyecto, cuando el proveedor privado no consiguió los fondos adecuados, que pasó todo el riesgo al Estado. Como resultado del debate público y de los duros informes de las auditorías, el Estado canceló el contrato. Chinchero es un potencial “elefante blanco” con un alto riesgo de funcionar a la mitad de su capacidad. (p. 27)

Recordemos que Proinversión es el ente encargado del proceso de promoción, por consiguiente, es el ente que se encarga a lo largo de todas las fases de APP de velar que el contrato finalmente sea la mejor opción en términos económicos y financieros para el Estado, lo que en síntesis significa que el rol que cumple Proinversión es de vital importancia en el diseño del contrato de APP.

Si bien, la participación de la CGR es obligatoria en los proyectos de inversión, se ha demostrado que no es suficiente que la CGR realice un examen de exposición fiscal del Estado en el proyecto, sino que además es necesario que se incluyan mecanismos adicionales que permitan identificar durante las fases de elaboración de proyectos de APP los errores que pueda contener.

La autora considera que para que no vuelvan a presentarse estos inconvenientes, es necesario establecer diversos filtros durante el proceso de elaboración de las bases del expediente técnico de las APP de acuerdo a la normativa legal vigente aplicable a las Asociaciones Público Privadas, regulada en el D. Leg N° 1362 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N°240-2018-EF.

En consecuencia, los funcionarios y/o servidores públicos tendrán a disposición no solo a asesores externos, sino también a un Órgano de Control Institucional, en

adelante OCI de Proinversión, que les permita identificar errores en las bases del proyecto u otra circunstancia que podría afectar la correcta ejecución del mismo.

Siendo que, lo que se requiere es que el proyecto pueda ejecutarse sin que perjudique al Estado, lo cual puede evitarse si se efectúa un adecuado control preventivo y correctivo. Dado que, con el control posterior solo se busca responsabilizar al funcionario, lo que no implica que se salve el proyecto; en ese sentido, el enfoque debe estar orientado a monitorear la actuación de los funcionarios con el propósito de controlar los desvíos.

Por el momento, solo debe quedar claro que, en la actualidad el rol que asume CGR en la práctica es nula, pues a pesar de que CGR pueda identificar responsabilidad administrativa por hechos graves o muy graves ya no podrá sancionar, solo podrá observar que existen hechos irregulares, pero ya no podrá sancionar por los mismos, pues será la misma entidad la que se encargue de sancionar a sus funcionarios.

A consecuencia de ello, actualmente solo las entidades pueden sancionar a sus funcionarios y/o servidores públicos; los mismos que deben conocer las leyes generales y especiales de su entidad y que regirán para su correcta actuación dentro de la administración pública.

Sin lugar a dudas, el hecho de que ahora la CGR no pueda sancionar a los funcionarios y/o servidores públicos nos permite retrotraernos a lo sucedido hace un lustro, en donde la CGR contaba con un marco que limitaba su actuación a la emisión de recomendaciones; situación que exigía una modificación normativa, toda vez, que muchas recomendaciones en donde se evidenciaba la existía responsabilidad administrativa funcional, quedaban sin sanción alguna; es por ello, a partir de la modificación de la norma la CGR ya no se limitaba a recomendar sino a sancionar hasta antes de la sentencia emitida por el TC explicada líneas arriba, así Santy (2018) nos dice que:

La Ley N.º 30742 y su nuevo reglamento aprobado por Resolución de Contraloría N.º 100-2018-CG han establecido nuevos criterios con relación a la potestad sancionadora de la Contraloría General. Asimismo, este reglamento ha diseñado las disposiciones para el procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional, así como la conformación, atribuciones y funcionamiento de los órganos a cargo del Procedimiento

Administrativo Sancionador; describiendo y especificando las conductas constitutivas de infracción que se encuentran en el ámbito de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, prevista en el subcapítulo II del capítulo VII del Título III de la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. (p. 5)

Finalmente, mediante Resolución de Contraloría N°269-2019-CG de fecha 06 de septiembre del 2019 estableció que mediante Directiva N° 007-2019-CG/NORM “Servicio de Control Especifico a Hechos con Presunta Irregularidad” se establece el servicio de Control Específico a hechos con presunta irregularidad como una modalidad de los servicios de control posterior.

2.3. Principios del procedimiento administrativo sancionador que se vulneran con la sentencia del TC

2.3.1. De la vulneración del principio de Tipicidad

De los fundamentos y hechos descritos en el apartado anterior, corresponde analizar los principios que se vulneran frente a la sentencia del Tribunal Constitucional, en donde, a efectos de la presente investigación conviene rescatar lo establecido sobre el principio de tipicidad.

No sin antes, precisar lo que Santy y Gomero (2019) opinan sobre el procedimiento administrativo sancionador:

Es así, que el derecho sancionador administrativo como parte del derecho sancionador general está sujeto a reglas específicas y predeterminadas que protegen al administrado de un accionar arbitrario, de modo tal que solo se sancionen las conductas realmente lesivas para el ordenamiento público. (p.293)

Ello, implica que, la actuación de la administración pública, no puede ser antojadiza, ni mucho menos sustentada en reglas generales, que no permitan que el administrado y/o funcionario conozca que su actuación y/u omisión está al margen de la ley.

La sentencia del 26 de marzo del 2007 recaída en el Expediente N°1182-2005-PA/TC señala que:

[...] el principio de tipicidad alude al grado de predeterminación normativa de los comportamientos típicos proscribiendo supuestos de interpretación extensiva o analógica, lo cual significa que solo cabe castigar un hecho

cuando este se encuentre precisamente definido y se tenga claramente definida su penalidad. Conforme a su naturaleza, el principio de tipicidad no se encuentra sujeto a una reserva de ley absoluta, pues en determinadas situaciones podría ser complementado a través de los reglamentos respectivos. [fundamento jurídico 14 y 15]

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente hacer alusión al proyecto de Ley presentado por la CGR, en el que se contempla un catálogo específico (tal y como lo ordena el TC en su sentencia) de 45 infracciones graves y muy graves, a efectos de cumplir con lo que el TC ha señalado en su sentencia.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Proyecto de Ley, una de las conductas infractoras sería:

[...]Incumplir las disposiciones que regulan la elaboración, aprobación, modificación o ejecución de los planes, estipulaciones, bases, términos de referencia, condiciones contractuales o adendas relacionadas a licencias, subastas, concesiones o cualquier otra operación o procedimiento a cargo del Estado, generando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave.

Esta conducta podría eventualmente cumplir con el principio de tipicidad en la actuación de los funcionarios de Proinversión si se tuviera en cuenta, el control del OCI de Proinversión, así como la de la asesoría técnica especializada, para advertir y orientar oportunamente a los funcionarios de Proinversión los proyectos ejecutados bajo su competencia, con la finalidad de guiar y orientar la labor que ejerce Proinversión; no obstante si pese a ello, los funcionarios adoptan decisiones perjudiciales deberán ser sancionados por la CGR en materia administrativa.

Ahora bien, es necesario señalar que un proceso estructurado bajo la modalidad de APP los controles que realiza la CGR son de suma importancia, dado que:

El servicio de control simultáneo es aquel que se realiza a actos, hechos o actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de la entidad sujeta a control gubernamental, con el objeto de alertar oportunamente al titular de la entidad sobre la existencia de hechos que pongan en riesgo el resultado o el logro de sus objetivos, a fin de que la entidad defina las acciones que correspondan para el tratamiento de estos. (Hernández y Rojas, 2018, p. 11)

Es importante subrayar, que en el control previo que realiza la CGR solo se analiza la exposición fiscal del Estado en aquellos proyectos en donde se requiere el cofinanciamiento del Estado o el otorgamiento de garantías.

Proinversión como la entidad promotora de la inversión privada, es el ente encargado de llevar a cabo todo el proceso de promoción, labor que culmina con la suscripción de contrato.

Como consecuencia, el proyecto del AICC sigue siendo solo un proyecto que sin ser ejecutado ha generado sobrecostos excesivos. Entonces, cabe realizarnos la siguiente interrogante: ¿los funcionarios responsables de la elaboración del contrato para el caso del AICC fueron sancionados?

Se ha demostrado que, a pesar de la correcta identificación de responsabilidades a través de los controles que realiza la CGR, se requiere aún mecanismos más idóneos que permitan identificar oportunamente los errores en los contratos APP.

Como suele darse en los servicios de control simultáneo efectuados por la CGR. Al respecto, Santy & Rubina (2019) señalan que:

El servicio de control simultáneo tiene por objetivo alertar oportunamente al titular de la entidad, sobre la existencia de hechos que ponen en riesgo el resultado o logro de los objetivos de un proceso en curso, a fin de que la entidad defina las medidas preventivas que correspondan que contribuyan a mitigar y, de ser el caso, superar el riesgo identificado. (p.87)

Siendo esto así, a través del supuesto del artículo 14° propuesto en el proyecto de Ley, los funcionarios de Proinversión deberán responder administrativamente por las decisiones adoptadas en uso de su potestad discrecional administrativa.

¿Se estaría cumpliendo en el caso en concreto con el principio de tipicidad tan exigido por el TC en su sentencia? Para dotar de contenido el supuesto es necesario en primer lugar, que el proyecto presentado por la CGR ante el Congreso sea aprobado; en segundo lugar, que previamente al control posterior (en donde se identifican responsabilidades) el funcionario haya tenido la posibilidad de poder mitigar el riesgo advertido; de esta manera, se sancionará al funcionario que incurrió en responsabilidad administrativa funcional.

Justamente porque la potestad discrecional o potestad no reglada constituye aquella potestad que se le otorga a la administración pública y que además es

válida, en tanto y en cuanto decidan lo que resulte más conveniente a la entidad y/o Estado y se evite a través de esta decisión que se perjudique el interés público, dado que no existe norma que determine cómo se debe actuar. Santy & Rubina (2019) afirman que:

Como producto de la acción de control, estos informes adquieren la calidad de “prueba preconstituida”, calidad que alcanza a todos los informes como consecuencia de una acción de control, incluyendo a los informes que revelan indicios de delitos y responsabilidades civiles y aquellos que solo contienen medidas correctivas de gestión y responsabilidades administrativas. Ellos se emiten en ejercicio de la facultad que le acuerda el artículo 15 literal e) de la misma ley, por lo que es atribución del sistema “exigir a los funcionarios y servidores públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, identificando el tipo de responsabilidad incurrida, sea administrativa funcional, civil o penal y recomendando la adopción de las acciones preventivas y correctivas necesarias para su implementación. (p. 213)

Queda claro, que el subprincipio de tipicidad busca que se impongan límites al legislador, de modo tal que, si se pretende sancionar administrativamente a cualquier funcionario y/o administrado, las sanciones deben estar plenamente tipificadas de manera clara que le permitan a los funcionarios como administrados comprender con facilidad el supuesto por el cual serían sancionados por su actuación y/o omisión. Vinatea (2016) opina que:

Los tipos infractores genéricos, abiertos o en blanco no cumplen con el principio de tipicidad o taxatividad, ya que tales infracciones no describen expresa y taxativamente los aspectos materiales de la conducta a ser reprimida, en abierta contradicción con lo dispuesto en el literal d) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, el numeral 4) del artículo 230 de la Ley N°27444-Ley de Procedimiento Administrativo General, así como a los derechos fundamentales a la seguridad jurídica y a la legalidad punitiva. (p.57)

En relación a lo anterior, se debe precisar que, en razón a las modificaciones en el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, para el año 2020, el principio de tipicidad se encuentra regulado en el numeral 4) del artículo 248° de la norma precitada.

Respecto de los funcionarios que poseen potestad discrecional cumplir con el principio de tipicidad resulta mucho más difícil, toda vez, que la CGR a través de su control previo o simultáneo no podría sustituir la decisión que adopte el funcionario

a cargo de su institución; sin embargo, dicha decisión no puede ser arbitraria, ni mucho menos antojadiza, pues la decisión que se adopte no debe generar resultados negativos en el proyecto ni mucho menos debe desviarse de los objetivos planteados.

No obstante, debo precisar que los funcionarios públicos con potestad discrecional toman decisiones en base a la información disponible en ese momento, información que muchas veces, ha sido errónea y ha perjudicado enormemente al Estado, como lo señalábamos líneas arriba.

Así, el control simultáneo, justamente tiene como finalidad advertir con evidencias objetivas las deficiencias y/o problemas que podrían darse de optar por determinada alternativa, está en permitir que se promuevan mejoras, y se evite anticipadamente un probable perjuicio para el Estado peruano; no obstante, este control se da en la etapa de ejecución contractual y no en la etapa de elaboración de bases y/o contratos APP.

La Contraloría General ha implementado un nuevo modelo de control que se caracteriza por ser preventivo y proactivo, a cargo de equipos especializados y multidisciplinarios, con prioridad en el control concurrente para evaluar con calidad y oportunidad los megaproyectos y grandes proyectos de inversión, así como la prestación de los servicios públicos, con una mejor focalización del control hacia las áreas de riesgo y de mayor impacto económico y social, contribuyendo a la mejora de las intervenciones públicas a favor del ciudadano. (CGR, 2019, p. 5)

En síntesis, el control simultáneo si permite anticipar al funcionario el probable riesgo de adoptar determinada decisión para que éste último en razón a la evaluación realizada por la CGR pueda efectuar las modificaciones y/o subsanaciones que correspondan, control que se efectúa después de la firma del contrato en APP.

La finalidad no es suplir las decisiones discrecionales de la entidad, sino más bien, que, como lo ha venido haciendo comunique e informe a la entidad sobre otras opciones que también pueden ser válidamente viables, teniendo el funcionario la potestad y/o decisión de adoptar lo que crea que beneficie al proyecto.

Sin embargo, respecto a la actuación de la CGR, el jurista León (2016) es los que opina que:

Parecería absurda la posibilidad de cuestionar una actuación administrativa discrecional en función de los resultados alcanzados. Es más, alguien podría pensar que se está consagrando el principio maquiavélico de que “el fin justifica los medios” o que la responsabilidad administrativa funcional del servidor público queda sujeta en gran parte al “azar” o a la “diosa fortuna”; si se logran los objetivos y metas, no pasa nada; y si no se consiguen o alcanzan dichos objetivos y metas, entonces mala suerte, le tocó perder. (p. 43)

La sentencia del TC materia de análisis, reconoce que la CGR está legitimado constitucionalmente y que posee potestad sancionadora la misma que la ejerce en el señalamiento de responsabilidades y determinación de responsabilidad administrativa funcional; sin embargo, también es cierto que a pesar de que el Tribunal Constitucional reconozca su potestad, también señala que la misma no puede desarrollarse al margen de los principios, toda vez, que a consecuencia de la determinación de responsabilidad, los funcionarios públicos son sancionados.

2.3.2. De la vulneración del principio de irretroactividad

El numeral 5) del artículo 248° de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece el principio de Irretroactividad en la cual establece lo siguiente:

[...] Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. *Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor*, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición. [La cursiva es mía]

En ese sentido, Santy (2019) señala que:

Es un golpe duro para la lucha contra la corrupción que el TC no ha considerado, también, en su sentencia, porque será un sinnúmero de casos (comprobados por actos graves de corrupción) que se acogerán o invocarán la aplicación de esta sentencia para tener efectos favorables a través del principio de irretroactividad reconocida en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. (p. 5)

Lo cual es contradictorio con lo que establece el TC en su fundamento 83, en donde señala que de conformidad con el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, las sentencias que declaren fundada en todo o en parte una demanda de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos, lo que implica que la sentencia

no afectará la validez de las resoluciones y actos emitidos en aplicación de la disposición normativa declarada inconstitucional.

Y por otro lado en la aclaración señala que la CGR debe adecuar su procedimiento a lo establecido en la norma general que en este caso es la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, la cual, como señalamos líneas arriba establece claramente el principio de irretroactividad. No causa sorpresa, toda vez, que en cuanto se publicó la sentencia, se presentaron diversos escritos solicitando el archivo definitivo.

Lo anterior puede relacionarse con el fundamento octavo del Expediente N°02050-2002-AA el cual señala lo siguiente:

[...]Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley.

La Contraloría General de la República (2016) afirma que:

En el procedimiento sancionar, se aplican las infracciones y sanciones vigentes al momento de la comisión de la conducta o su culminación, en caso sea infracción continuada, salvo que las posteriores sean más favorables, no afectándose, en ningún caso, las sanciones que hubieran quedado firmes. Una norma será más favorable al funcionario o servidor si destipifica la conducta realizada, si reduce o elimina la sanción, si abrevia el plazo de prescripción, entre otros. (p. 28)

Lo cual implica que lo afirmado por el TC no resulta del todo aplicable en base a lo señalado líneas arriba, en razón a que la sentencia contiene fundamentos más favorables para los sujetos sometidos al procedimiento administrativo y además de ello, que el catálogo de infracciones con el cual contaba la CGR ha sido declarado inconstitucional.

2.4. Los retos de la Contraloría General para imputar responsabilidad administrativa funcional antes y después de la sentencia del TC en el caso del aeropuerto de Chincheros.

Con la finalidad de abordar lo sucedido en el caso del Aeropuerto de Chincheros-Cuzco, es necesario citar el informe de auditoría N°722-2017-CG/MPROY-AC- Auditoria de cumplimiento Agencia de Promoción de la Inversión Privada, Ministerio de Transportes y Comunicaciones y, Ministerio de Economía y Finanzas. Periodo: 1 de julio del 2010 al 31 de julio del 2014. “Plan de Promoción de la Inversión Privada del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco”

El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en adelante, MTC (concedente) le encargó a Proinversión (como órgano promotor de la inversión privada) el proceso de promoción, al tratarse de un mega proyecto.

El problema surge cuando Proinversión a su vez, contrata a el consultor ALG para que realice los estudios de viabilidad del aeropuerto, estudios que pese a no contar con lo necesario para que se lleve a cabo el proceso de promoción fueron aprobados por Proinversión, a pesar que dicho informe solo recopilaba estudios elaborados en años pasados.

En base a ello, Proinversión realizó los estudios de preinversión, a pesar de que los estudios de factibilidad por el consultor tampoco contenían estudios meteorológicos exigidos por la norma nacional e internacional -necesarios- para certificar la orientación de la pista; no obstante, esta omisión no fue el único error que cometió Proinversión en el caso del Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cuzco.

No obstante, a lo anterior, Proinversión omitió un aspecto importante en esta modalidad de contratación: el aspecto financiero, y ello en razón a que, en ese momento Proinversión justificó su decisión con la finalidad de generar competitividad en el proceso de selección.

Los problemas surgen justamente porque Proinversión no estableció un límite a la tasa de promedio ponderado anual para el cierre financiero, frustrando la etapa de ejecución contractual, conforme puede verificarse de la auditoria de cumplimiento N°722-2017-CG/MPROY-AC.

En relación a lo anterior, la agencia de promoción no realizó la verificación de la información brindada por los postores y/o consorcios que formaban parte del proceso de selección, sobre todo si se trataba de un proyecto de gran envergadura, y a este nivel se tenía que verificar la información que había sido presentada mediante declaraciones juradas.

Se puede concluir que a pesar que sea Proinversión el ente encargado de todo el proceso de promoción de la inversión privada, ello no es suficiente justificación frente a los errores planteados líneas arriba, las decisiones discrecionales deben estar sustentadas en base a un criterio de razonabilidad, ello con la finalidad de garantizar y asegurar que se cumplan los objetivos planteados en el proyecto, y que de acuerdo a la naturaleza de una Asociación Público Privada se entregue a la población un mejor servicio público.

Lo que sucede, es que a raíz de la sentencia no solo no se puede sancionar a los funcionarios que estaban comprendidos en las auditorías del caso del aeropuerto de Chincheros, dado que, ahora le corresponde a la misma entidad iniciar un Procedimiento Administrativo Disciplinario (PAD), sino también en los demás casos en los que como resultado de las auditorías realizadas se habría encontrado responsabilidad administrativa funcional. Lo cierto es que, en tanto no se promulgue la Ley que dote de contenido la facultad sancionadora de la CGR, no puede sancionar a nadie.

Al respecto, el Contralor Nelson Shack en una entrevista a RPP noticias de fecha 26 de abril del 2019, explicó que en el caso de Chinchero, los funcionarios comprendidos en las auditorías con responsabilidad administrativa en la adenda, con la representación de sus abogados han solicitado que se declare el archivo definitivo, toda vez, que lo que la sentencia del TC ha declarado la inconstitucionalidad las infracciones.

Lo que sucede actualmente, es que muchos casos han sido declarados improcedentes y han concluido, con la sentencia del TC los Procedimientos Administrativos Sancionador ya no podrá continuar, lo que implica que, por ahora, solo se observará hechos irregulares, pero no podrá sancionarse.

El caso del aeropuerto de Chinchero ha dado giros inesperados, tanto es así que el 24 de octubre del 2019 se suscribió un contrato de Estado a Estado entre la

República de Perú y Corea para la construcción del aeropuerto de Chinchero-Cuzco, lo relevante en este tipo de contratación es que su mecanismo de resolución de conflictos es mucho más eficiente que cualquier otra modalidad contractual, incluida la modalidad de APP, toda vez, que de existir conflictos, siempre se va a privilegiar la ejecución del proyecto; no obstante a ello, el Estado asume un gran costo para la ejecución del mismo.

En los contratos Gobierno a Gobierno, la CGR también realiza los servicios de control previo, simultáneo y posterior respecto de inversiones con componente de infraestructura, de acuerdo a lo establecido con la Resolución de Contraloría N° 119-2020-CG de fecha 04 de mayo del 2020, en el cual se incluyen los contratos Gobierno a Gobiernos.

La necesidad de reducir las brechas de infraestructura en el país, exige que los *policy makers* propongan mecanismos cada vez más eficientes, a fin de solucionar los problemas típicos de la contratación pública tradicional. Los excesivos plazos y formalismos de los procesos de selección, han motivado que parte de la inversión en el país, se ejecute bajo las modalidades de APP o mediante contratos Gobierno a Gobierno.

No obstante, el mecanismo de contratación de Gobierno a Gobierno, a su vez se traduce en mayores costos o plazos que deberán ser asumidos por el Estado peruano. Lo interesante de este tipo de contratos es que, de existir controversia, como lo que sucedió en el caso del aeropuerto de Chinchero quien actualmente se encuentra en un arbitraje internacional, es que, en este tipo de contratos la obra no se paraliza bajo ninguna circunstancia.

En el arbitraje no se discute sobre la continuidad o no del proyecto, sino solo sobre quién es el responsable de que la misma no se haya ejecutado, al contar con mecanismos de resolución de conflictos que privilegian la continuidad del proyecto permite que la obra culmine en el plazo esperado, un claro ejemplo de aquello es que los juegos panamericanos y parapanamericanos se desarrollaron bajo esta modalidad.

Los contratos de Gobierno a Gobierno normalmente se utilizan para compras militares, sin embargo, el Estado pareciera reconocer que es incapaz de poder

llevar a cabo un proceso de licitación en su nombre; sin embargo, al utilizar dicha modalidad se limita la actuación de la CGR.

Si bien es cierto, la CGR no ha sido creada como un ente únicamente sancionador, sino más bien como un ente que busca prevenir y garantizar el adecuado uso de los recursos del Estado, de modo que, a través de los controles que efectúe se pueda identificar si existe o no responsabilidad administrativa funcional y por ende iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

Su importancia presenta una doble dimensión, pues, de una parte, es el mecanismo idóneo que tiene la Administración Pública para lograr su finalidad pública y, de otro lado, constituye la vía que permite ofrecer al administrado las garantías necesarias para el respecto de sus derechos fundamentales. (MINJUS, 2017, p. 12)

Líneas arriba se había explicado que actualmente con la sentencia del TC la CGR tiene serios problemas para imputar responsabilidad administrativa, en tanto, no se apruebe el catálogo de infracciones y que incluso antes de otorgarse la potestad de iniciar procedimiento administrativo sancionador, la CGR solo recomendaba.

En ese entonces era la misma entidad la que se encargaba de sancionar a los funcionarios, si determinaba que en base a los informes procedía iniciar procedimiento administrativo sancionador; no obstante a ello, actualmente también es la misma entidad la que sanciona a los funcionarios, al existir la imposibilidad jurídica de la CGR de sancionar. Ahora “Este documento tiene a su vez, según la normativa actual, la calidad de prueba preconstituida, sirviendo de esta manera para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes” (Arbildo y Rengifo, 2017, p. 29). Lo que nos lleva a concluir que no solo se le ha otorgado la facultad de sancionar, sino también de que los instrumentos que utilizan en los controles que efectúan tengan el suficiente valor probatorio para un eventual procedimiento administrativo sancionador.

Ahora nos encontramos frente a un escenario distinto pero en un mismo caso: El Aeropuerto de Chinchero-Cuzco, pero ahora desarrollado bajo un contrato de Gobierno a Gobierno para el diseño, construcción y puesta en operación del aeropuerto de Chinchero, el mismo que anuncia que entrará en funcionamiento en aproximadamente cinco años; sin embargo en este tipo de contratos la CGR ya no tendría participación de ningún tipo, y bueno, tampoco la tenía hasta antes de la

emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional, este tipo de contratos tiene reglas distintas a las aplicables a los contratos de Asociaciones Público Privadas y a los contratos de obra pública tradicional.

El Ministerio de Transportes de Telecomunicaciones, en adelante, MTC, en una entrevista con el diario gestión del 24 de octubre del 2019, explicó que el contrato comprende cuatro puntos: La revisión y actualización de los expedientes técnicos, la selección de empresas contratistas y supervisoras que se encargarán de la ejecución del proyecto, vía procesos abiertos y transparentes, la realización de la gestión de los contratos y poner en operación y entregar funcionando el Aeropuerto Internacional de Chinchero Cuzco. Es por ello que, Ramírez (2015) opina que:

No obstante, respecto de los Contratos de GTB, el OSCE precisa que dicha categoría, por la especialidad de los sujetos intervinientes, esto es, Estados, no se encuentran sometidos a la LCE. Así, concluye que su naturaleza y características son distintas a las del contrato administrativo pese a que su objetivo también pueda ser la consecución de una finalidad de interés público nacional. (p.53)

Lo cierto, es que ya se había anunciado hasta antes de la suscripción del contrato del 24 de octubre del 2019, que al igual que los juegos panamericanos y parapanamericanos, lo más probable es que el aeropuerto de Chinchero también se ejecutara bajo la misma modalidad, y la suscripción del contrato el día 24 de octubre del 2019 confirma lo anunciado.

Lo anterior ¿soluciona el problema? La autora considera que no, toda vez, que con este tipo de contrato simplemente se está privilegiando la obra, asumiendo los sobre costos inevitables que genera este tipo de contratos.

El caso del AICC ha sido tan discutido, que al Estado no le ha quedado otra alternativa que encargar este proyecto a otro Estado; pues considera que no tiene la capacidad necesaria para poder llevar a cabo este proceso de selección, lo que en definitiva se traduce en asumir un costo muy elevado por la obra.

En tal sentido, es necesario subrayar que ambas modalidades de contratación (APP y contratos Gobierno a Gobierno) han sido utilizadas para grandes proyectos de inversión; en contraposición al sistema de resolución de conflictos en una APP, en un contrato Gobierno a Gobierno siempre se privilegiará la ejecución de la obra,

dado que, se cuenta con un mecanismo es tan eficiente que permite que los conflictos sean solucionados, puesto que siempre se debe cumplir con el plazo estipulado en el contrato.

Así pues, nada impide para que el Estado peruano siga apostando por la modalidad de APP y que logre tener éxito en los proyectos; de hecho, muchas de las obras del Estado peruano han sido desarrolladas bajo el esquema APP, la mayoría han sido ejecutadas como APP autofinanciadas y por otro lado los contratos Gobierno a Gobierno también han funcionado; por lo que, no se puede concluir que no se debe utilizar este tipo de contrato.

Dado que, si bajo un análisis de costo beneficio, si al Estado le conviene contratar bajo estas modalidades, definitivamente debe utilizarse. Chávez (2017) explica que:

Una APP debe ser entendida como un proyecto de largo plazo, para la provisión de servicios públicos o de infraestructura pública con alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera, cuyo equilibrio financiero supone un cofinanciamiento parcial o total por parte del Estado. Los proyectos estructurados bajo esquemas de asociaciones público privadas han venido siendo una alternativa eficiente para los gobiernos, para disponer de infraestructura y servicios públicos. (p. 65)

La modalidad de APP ha sido utilizada en diversos proyectos y mega proyectos, que hoy en día podemos ver reflejados en la realidad, por ejemplo, el caso de Telecabinas Kuélap, Puerto del Callao: Terminal Norte Multipropósito y Terminal de contenedores-Muelle Sur, Interoceánica tramos 1 y 5, y como se ha podido evidenciar éstos han funcionado perfectamente, sobre todo cuando la modalidad era autofinanciada (Lo que implicaba que los proyectos que tenían la capacidad de generar a través de la explotación de la obra el repago a los inversionistas y que no requerían que el Estado cofinancie el proyecto bajo las condiciones que establece el artículo 22° del D.L 1362).

Los problemas generalmente surgen en el cofinanciamiento que otorga el Estado, puesto que, se compromete el crédito o la capacidad financiera del Estado; independientemente de lo señalado, en una APP también se asumen riesgos, los mismos que son trasladados a aquella parte con mejor capacidad de gestionarlo; en ese sentido, el porcentaje de financiamiento que se establece en un contrato APP dependerá de la naturaleza del proyecto. Cárcamo (2017) indica que:

Estamos ante la gran oportunidad de aprender de los errores cometidos para evitar el creciente desprestigio de una herramienta exitosa en todo el mundo como son las concesiones y asociaciones público privadas. Las APP bien diseñadas, administradas y reguladas han llevado progreso, reducido la pobreza y mejorado la calidad de los servicios públicos en todos los continentes. Por supuesto que también hubo errores y fracasos (aunque no se hable mucho de estos o no se los señale como fracasos). (p. 5)

La modalidad APP utilizada en el caso del Aeropuerto de Chinchero Cuzco, sin duda fue duramente cuestionada, producto de los vacíos del contrato, lo que generaba que mediante adenda se afectará el equilibrio económico financiero que de acuerdo a la normativa APP no puede variarse.

En efecto, si bien se ha explicado que no existe un porcentaje exacto que deba asumir una u otra parte, lo cierto es que no puede afectarse el equilibrio económico financiero establecido en un contrato APP.

El análisis de los riesgos financieros y/o económicos se analizan en la etapa de elaboración de las bases y versión final del contrato, no en la etapa de ejecución contractual.

Por ejemplo, puede darse el caso de que un proyecto no sea atractivo para el sector privado dado que está ubicado en una zona bastante alejada, para hacer el proyecto atractivo el Estado bajo la modalidad APP puede decidir encargarse de la construcción, incluso del mantenimiento, dejando en manos del privado la operación.

Lo precisado, los riesgos, el sistema de pago, los aspectos económicos y/o financieros se dan en la etapa de elaboración del contrato APP y sus bases, no en la etapa de ejecución contractual; por lo que, después de la suscripción del contrato no puede variarse las condiciones establecidas previamente.

Por otro lado, así como las APP han funcionado (en la mayoría de proyectos), los contratos Gobierno a Gobierno también han permitido la obtención eficiente de infraestructura pública. No obstante, como dato adicional es importante precisar que en este tipo contractual no existe la posibilidad de que una de las partes sea un privado.

Sin duda a pesar de que se utilicen contratos APP o contratos Gobierno a Gobierno, la CGR efectúa un adecuado control a dichos proyectos, que por su característica son megaproyectos. Al respecto, García (2014) afirma:

El reconocimiento de facultades sancionadoras a la Contraloría General de la República, se encuentra vinculado estrechamente con el principio de control en el Estado constitucional, buscando mejorar la eficacia en la protección de bienes constitucionales como el correcto funcionamiento de la administración pública, la adecuación de dicha administración a la Constitución y la ley, así como la legalidad de la ejecución del presupuesto y el buen uso de los recursos del Estado. (p.47)

Y es que, justamente el control previo que se efectúa cuando se compromete el tesoro público, justifica la ulterior actuación de la CGR para poder no solo identificar responsabilidad administrativa funcional, sino también para sancionar por responsabilidad administrativa funcional si se detecta que se ha infringido las normas que regulan su actuación y que a consecuencia del mismo se ha afectado los recursos del Estado.

La intervención del Estado se justifica, precisamente porque los funcionarios de conformidad con lo que señala la Constitución Política del Perú en el artículo 39° están al servicio de la nación, y por ende deben velar por el correcto funcionamiento de su misma entidad; es por ello que se privilegió en un primer momento utilizar el mecanismo de las APP que planteado bajo un mal esquema terminó por ser muy costoso para el Estado y es por ello que se cuestionó la adenda firmada entre el concedente y el consorcio.

Lo cierto es que antes de la emisión de la sentencia del TC la CGR realizaba duros esfuerzos para imputar responsabilidad administrativa a los funcionarios con potestad discrecional, a través de los servicios de control que realiza la CGR se podría pensar que la CGR interviene en las decisiones de los funcionarios y/o servidores públicos con dicha potestad; sin embargo, su finalidad es la de prevenir, identificar y verificar que la decisión adoptada esté válidamente sustentada y que la misma no afecte ni a la entidad ni al Estado.

Juan Carlos Ruiz Molleda en una entrevista a la Ley-El ángulo legal de la noticia de fecha 03 de Mayo de 2019 afirmó que:

[...] son nefastas las consecuencias de la sentencia antes mencionada, pues deja sin efecto procesos administrativos sancionadores, impulsados por

CGR contra miles de funcionarios públicos acusados de corrupción. La consecuencia de este fallo es que todos los sancionados, por ejemplo, en los Gobiernos Regionales del Callao, Ancash, Arequipa, etc., se rehabilitarían. Incluso hay funcionarios del Tribunal Constitucional que objetivamente se benefician con esta sentencia, pues tenían procesos abiertos y hasta sanciones impuestas ante y por la Contraloría.

No debemos olvidar que la labor que realiza la CGR a diferencia de cualquier entidad, es que ésta última realiza una labor permanente a través de sus diversos tipos de control, cuya finalidad no es la de sancionar a los funcionarios o servidores, sino más bien busca orientar y prevenir a los funcionarios para que se realice una adecuada gestión de los recursos públicos (aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado). Mayhuire (2018) precisa que:

No debe dejarse de lado que lo que busca la CGR es asegurar un correcto y eficiente empleo de los bienes y recursos públicos, siendo el Informe de Control el instrumento con el que informarán los resultados de su auditoría, por lo que la postura de Contraloría como ente garantista se encontraría justificada. Asimismo, son funcionarios públicos quienes realizan los informes. (p. 23)

Es en base a ello que la CGR cuenta con un equipo multidisciplinario el cual le permite elaborar informes dentro del marco legal establecido, sin vulnerar los derechos de los administrados y/o funcionarios.

Justamente, porque la discrecionalidad con la que cuentan los funcionarios públicos de Proinversión son dadas por normas especiales, que tienen amplia vinculación con el gasto público (informe previo). La discrecionalidad con la que cuenta el operador administrativo de acuerdo a normas legales especiales que tienen incidencia en el gasto público. En el caso peruano por ejemplo la Ley de Contrataciones del Estado.

No debe olvidarse que el caso de estudio de la presente investigación presentó graves inconvenientes que fueron identificados en su oportunidad, toda vez, que existió tanto un informe previo (N°00027-2014-CG/PRE), así como también una orientación de oficio (N°1882-2016-CG/DC) y la 2da orientación de oficio (N°00331-2017-CG/DC) que constituyen modalidades de control simultáneo, que hacía referencia a la adenda N°1 del contrato de concesión que generó duros cuestionamientos.

Con ello se quiere concluir, que, pese a que la CGR cumplió con su deber de vigilar, supervisar y orientar a los funcionarios a cargo del proyecto, recomendando a través de sus informes, los mismos que de haberse implementado no hubieran generado los problemas que hoy por hoy conocemos en el caso del Aeropuerto de Chinchero.

El Control Simultáneo es una modalidad del control gubernamental que se desarrolla en el momento en que están sucediendo las actividades de las entidades públicas para la prestación de los servicios al ciudadano, de tal forma que la gestión pueda adoptar las acciones para mitigar los riesgos detectados. De esta forma el control gubernamental contribuye oportunamente a que los gestores puedan administrar los riesgos inherentes a las actividades y proyectos en favor de la ciudadanía, sin que su labor interfiera con las acciones propias de la gestión. (CGR, 2016, p. 40)

Si bien la Ley de APP señala que el control previo respecto a la versión final del contrato no es vinculante, el mismo solo debe referirse a aquellos aspectos que comprometen el crédito del Estado, y a su vez la Ley le da la posibilidad a que los funcionarios en base a sus competencias puedan optar por lo que consideren más conveniente para cada proyecto. Barbarán (2015) afirma:

La auditoría gubernamental comprende el examen o revisión de las funciones, actividades y operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, realizadas por las dependencias y entidades de la Administración Pública, con objeto de evaluar si el todo o parte de los estados financieros y presupuestales presentan razonablemente la situación financiera o el ejercicio presupuestal; si los objetivos y metas fueron alcanzados en condiciones de eficacia y eficiencia con relación a los recursos que se les asocian, y si se ha cumplido con las disposiciones legales aplicables. (p. 48)

De esto, se deduce, que, si bien existen situaciones que no puedan preverse no solo para la administración sino también para los funcionarios públicos que toman decisiones en uso de su potestad discrecional, ello no puede ser utilizado como un argumento de defensa suficiente, más aún si se tiene un órgano de control que puede evitar que el probable daño se materialice.

Si bien los funcionarios deberían responder pese a que la CGR les advirtió de la probable situación dañosa, lo cierto es que ello no resuelve el problema de raíz para problemas futuros, cuando lo ideal sería evitar tales situaciones.

Es importante enfatizar en lo siguiente: No se trata de sancionar indiscriminadamente a los funcionarios a cargo de la elaboración del expediente técnico de las APP, todo lo contrario, se trata de no repetir nuevamente los errores plenamente identificados en el caso del Aeropuerto de Chinchero.

Todo ello, teniendo en cuenta que lo que se busca es que exista no solo un marco legal claro al utilizar el mecanismo de las “APP”, en beneficio de la población peruana, sino que ello, traerá como consecuencia inevitable que exista interés en los extranjeros para invertir en proyectos APP con plena seguridad, teniendo presente siempre que este mecanismo tiene múltiples beneficios para las partes intervinientes y, principalmente para la población.

Es un trabajo sistematizado, en donde se debe reforzar la labor de los actores intervinientes, principalmente la labor de Proinversión como ente que diseña las bases de los contratos, a efectos de que los proyectos bajo este esquema funcionen no solo en APP autofinanciadas, sino también en APP cofinanciadas.

Finalmente se debe concluir que en la actualidad el procesamiento de responsabilidad administrativa funcional ya no se rige por una ley especial como si sucedía hasta antes de la emisión de la sentencia del TC que declaraba inconstitucional el catálogo con el cual la CGR imputaba responsabilidad administrativa funcional, ahora corresponde a la entidad auditada; por lo que, resulta imperioso que el proyecto de Ley presentado por la CGR ante el Congreso de la República sea aprobado lo antes posible.

CAPÍTULO III

LA PARTICIPACIÓN DE LOS ASESORES EXTERNOS ESPECIALIZADOS E INDEPENDIENTES EN LA ELABORACIÓN DE LOS EXPEDIENTES TÉCNICOS DE LAS APP

En el presente capítulo tiene como finalidad ofrecer una solución frente a la problemática planteada, dado que existe la necesidad de implementar un control idóneo durante las fases de elaboración de los expedientes técnicos de asociaciones público privadas, para así advertir de manera oportuna los posibles riesgos del proyecto de inversión.

3.1. Razones para establecer el control en las fases de estructuración y transacción en los expedientes técnicos de las APP.

En el presente acápite se desarrollarán las razones para establecer un control idóneo en las fases de estructuración y transacción de los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP, que constituyan criterios orientadores para un adecuado control gubernamental e institucional, como instrumento esencial para el correcto funcionamiento de la administración pública, con el objetivo principal de evaluar y determinar oportunamente, desde un enfoque preventivo-correctivo, el correcto uso de los recursos de la administración.

El enfoque preventivo correctivo, hace referencia directamente a la idoneidad con la cual la CGR y el OCI de Proinversión deben actuar durante la elaboración del contrato APP, a efectos de salvar el proyecto.

La propuesta será aplicable específicamente en aquellos proyectos a ser ejecutados bajo la modalidad de APP, en los que se demande el cofinanciamiento del Estado o garantías.

Ello con la finalidad de maximizar los beneficios de poder advertir a través de la participación del OCI de Proinversión y de la CGR, los errores que el contrato APP pueda contener, lo que traería consigo que se beneficie en todo momento la ejecución del mismo; sin que ello impida que la CGR realice las acciones de control posterior para la identificación de responsabilidad administrativa funcional y sancionar a los funcionarios que causen un perjuicio económico irreparable.

En esa misma línea, para aplicar estos criterios, se asume que el proyecto es parte de la estrategia de la entidad pública titular del proyecto (concedente) de la mano de la entidad Promotora de la Inversión Privada (Proinversión) que, de conformidad con los lineamientos previamente establecidos en cuanto a la preferencia del mecanismo de APP (de acuerdo a lo establecido en la Resolución Directoral N°004-2016-EF/68.01 “Lineamientos para la Aplicación de los criterios de Elegibilidad de los Proyectos de Asociaciones Público Privada”), así como del diseño del contrato, se han utilizado en conveniencia del Estado.

El presente documento constituye un instrumento orientador de apoyo para la CGR y para el OCI de Proinversión en proyectos bajo la modalidad de APP, respecto a los funcionarios de Proinversión con potestad administrativa discrecional.

En consideración a lo planteado, y como propuesta de solución frente a el perjuicio económico y social que surgió a raíz del caso del “Aeropuerto de Chinchero-Cuzco” (caso de estudio) la autora considera que es necesario “Sustentar las razones para establecer supervisión durante las fases de elaboración del expediente técnico de APP” para lo cual se debe tener en cuenta lo siguiente:

- En primer lugar, la participación de un consultor técnico especializado externo en la fase de estructuración, permitirá que el consultor técnico especializado pueda realizar una evaluación al Informe de Evaluación Integrado, en adelante IEI, y emita un informe no vinculante sobre la viabilidad o no del proyecto.

- La autora considera que es necesaria la intervención del consultor técnico especializado externo, dado que, en esta fase se llevaban a cabo dos importantes documentos: i) las bases, que detalla los factores de competencia (propuestas económicas presentadas por los postores), requisitos mínimos, plazos, criterios de selección, plazos para la presentación de consultas y comentarios a la VIC, durante el proceso de adjudicación de una APP y, ii) la versión inicial del contrato, el mismo que determina detalladamente la identificación de riesgos en el proyecto, además de los aspectos comerciales y financieros, los estándares de servicios, mecanismos de pago y el rol que debe cumplir tanto el privado como el Estado.
- La participación del consultor técnico especializado será de suma importancia, dado que, el IEI sirve como insumo para la elaboración de las condiciones contractuales de un proyecto APP.
- En ese sentido, la labor que realizará el consultor técnico especializado externo será la de supervisión de los documentos presentados por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, con la finalidad de que se diseñe adecuadamente la VIC, el mismo que tiene como objetivo la combinación óptima de aspectos técnicos, sociales, económicos, financieros, comerciales, legales del proyecto, etc. Ello permitirá que se identifiquen los riesgos, de acuerdo a la especificación técnica, para que Proinversión pueda modificar, aclarar y/o mejorar el IEI.
- En segundo lugar, deberá participar un asesor técnico especializado en la etapa de transacción, en donde se cuenta con una versión final del contrato, en adelante, VIC y se solicitan las opiniones a dicha versión a la Entidad Pública Titular del Proyecto, al Organismo Regulador y al Ministerio de Economía y Finanzas; La participación del asesor externo permitirá que se verifique la idoneidad de las cláusulas contenidas en el contrato APP, en una etapa previa a la presentación de propuestas por parte de los postores.
- En tercer lugar, también es importante que se dote de un equipo técnico especializado al Órgano de Control Institucional, en adelante OCI de Proinversión, quien participará en la etapa de transacción, en la evaluación

de las propuestas presentadas por los postores, esto es, antes de la adjudicación del proyecto, con la finalidad de que el OCI formule observaciones a las propuestas presentadas, en base a el IEI, las bases y la VFC.

- En definitiva, la participación en conjunto del consultor técnico especializado, el asesor técnico especializado, el OCI y la CGR (quien emite un informe previo únicamente en aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado) permitirá que se evidencie de forma temprana los errores contenidos en las bases y/o contratos APP.
- Resulta importante precisar que, ante dos alternativas legalmente viables, los funcionarios de Proinversión en uso de su potestad discrecional administrativa pueden optar por aquella opción que beneficie al proyecto; no obstante, esto no debe entenderse como una potestad arbitraria, dado que, su potestad siempre está enmarcada dentro del principio de legalidad, para lo cual deberán sustentar de manera objetiva su decisión.
- Lo anterior les permitirá a los funcionarios de Proinversión adoptar o no las recomendaciones por el OCI, los asesores externos especializados, o por la CGR en su informe previo.
- En ese sentido, el propósito principal de la propuesta es guiar a los funcionarios y servidores públicos a realizar una gestión no solo más transparente, sino también más eficiente, en una etapa en la que aún no existe una afectación real para el Estado.
- En ese escenario, la CGR a través de los controles que efectúa responsabilizará al funcionario, si éste a través de su potestad discrecional administrativa adopta decisiones en perjuicio del Estado.
- El rol que cumpliría el equipo técnico especializado y el OCI de Proinversión, y la CGR constituyen un eje fundamental para el éxito de los Proyectos de APP, esto sin que implique de alguna forma intromisión a la labor de Proinversión en el diseño de los contratos.
- A efectos de ejemplificar lo señalado, se deberá tener en cuenta la siguiente estructura:

FIGURA N° 05

SUPERVISIÓN APLICABLE DURANTE LA FASE DE ESTRUCTURACIÓN Y TRANSACCIÓN

FASES			
DOCUMENTOS	ESTRUCTURACIÓN		TRANSACCIÓN
	<div><div><div>PARTICIPA EL CONSULTOR TÉCNICO ESPECIALIZADO EXTERNO, COMO UN TERCERO IMPARCIAL AJENO AL PROCESO DE PROMOCIÓN.</div><div>CONTEMPLAN LA PARTICIPACIÓN DE UN ASESOR EXTERNO QUE VERIFIQUE LA IDONEIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONTENIDAS EN EL CONTRATO APP.</div><div>CONTEMPLAN LA PARTICIPACIÓN DE OCI DE PROINVERSIÓN PARA QUE FORMULE OBSERVACIÓN (DE CORRESPONDER).</div></div><div><div><div>- VIC</div><div>- IEI</div><div>- Modelo económico financiero.</div><div>- Bases</div></div><div>ELABORAN DE MANERA PARALELA</div></div></div>		<div><div><div>- VIC</div><div>- IEI</div><div>- Modelo económico financiero.</div><div>- Bases</div></div></div>
PROCEDIMIENTO	<div><div>1) Elaboración de las bases (OPIP)</div><div>2) Elaboración del diseño de la VIC (OPIP); (Reuniones de coordinación y solicitudes de comentarios y/o sugerencias para la elaboración de la VIC, participa el OPIP, EPTP, OR, MEF; Asimismo, se elabora el informe IEI y Modelo económico financiero. (OPIP), termina con la elaboración de la VIC.</div><div>3) Opiniones previas a la VIC (EPTP y OR)</div><div>4) Opiniones favorables del VIC (MEF)</div></div>	<div><div>1) Se publican las bases y la VIC.</div><div>2) Se reciben los comentarios y/o consultas de las bases a la VIC</div><div>3) Se solicitan las opiniones a la VFC (EPTP, OR, MEF)</div><div>4) Cuando se tienen todas las opiniones lo aprueba el consejo directivo de Proinversión.</div><div>5) Informe previo no vinculante de la CGR.</div><div>6) Los postores elaboran sus propuestas.</div><div>7) Se evalúan las propuestas.</div><div>8) Se adjudica el proyecto.</div></div>	
ELABORA	OPIP		OPIP
OPINIONES FORMALES	EPTP, OR, MEF		EPTP, OR, MEF, CGR.
APRUEBA	OPIP		OPIP

Fuente: Elaboración propia

- Ahora bien, no debemos olvidar que el ejercicio del control previo y simultáneo realizado por la CGR no limitan el control posterior, control en donde se identifica la responsabilidad administrativa funcional; por lo que, si a pesar del establecimiento de diversos filtros el funcionario incurre en responsabilidad administrativa funcional deberá ser sancionado.
- En razón a que, la CGR (CGR, 2020) se encarga de la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado; así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes, según lo establecido en el portal de transparencia de la CGR.
- No obstante, actualmente la CGR no podría sancionar a ningún funcionario, puesto que, el catálogo de infracciones ha sido declarado inconstitucional,

tal y como se detalló líneas arriba, correspondiéndole esa labor a la entidad pública auditada.

- En ese sentido, y bajo el supuesto en el que el Proyecto de Ley N°4267-2018-CG sea aprobado por el Congreso de la República, en un caso similar al expuesto (caso AICC), la CGR podrá sancionar a los funcionarios que incurran en responsabilidad administrativa funcional, bajo el siguiente supuesto:

Artículo 15°: [...]Incumplir las disposiciones que regulan la elaboración, aprobación, modificación o ejecución de los planes, estipulaciones, bases, términos de referencia, condiciones contractuales o adendas relacionadas a licencias, subastas, concesiones o cualquier otra operación o procedimiento a cargo del Estado, generando perjuicio al Estado, cumpliendo con ello con lo requerido por el TC (principio de tipicidad).

- Lo anterior, estaría enmarcado dentro de un control posterior (control en donde se determina responsabilidad administrativa). El proyecto de Ley en relación al artículo citado, cumple con los estándares del principio de tipicidad, lo que permitirá que se pueda imputar responsabilidad administrativa funcional al funcionario de Proinversión que en uso de su potestad discrecional perjudicó económicamente al Estado.
- La propuesta planteada, surge a raíz del informe de auditoría de cumplimiento N°722-2017-CG/MPROY-AC a la Agencia de la Promoción de la Inversión Privada Proinversión, correspondiente a un servicio de control posterior programado en el Plan Operativo 2017 del departamento de control de megaproyectos de la CGR del “Plan de Promoción de la Inversión Privada del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco”.
- Informe en el cual, se determinó como observación N°1 que: i) el MTC encargó a Proinversión llevar a cabo el proceso de promoción para la entrega en concesión del Aeropuerto Internacional de Chinchero Cuzco ii) Proinversión contrató al consultor ALG con el objetivo de que realice estudios de viabilidad (en chinchero u otro distrito); no obstante, los estudios presentados fueron insuficientes para dar cumplimiento a la normativa aplicable, en tanto solo se limitó a recopilar información de estudios elaborados en los años 70, 80, 2002, plasmándose en un informe que fue

aprobado por Proinversión, estudios que además fueron objetados por la autoridad aeronáutica nacional y otros organismos especializados como MITRE y OACI.

- En relación a lo señalado, la propuesta que la autora está basada en lo señalado por la CGR, puesto que, pese a que Proinversión contaba con un consultor especializado, el proyecto no presentó los estándares mínimos para poder funcionar. En razón a ello, se requiere la intervención de un tercero, que en este caso sería la de un asesor técnico especializado para que participe como un ente revisor de los informes que presenten los consultores contratados por los funcionarios de Proinversión. De esta manera se contaría con dos consultorías, correspondiéndole a Proinversión adoptar las recomendaciones o no de la asesoría técnica especializada. El contratar a una consultora que acompañe la elaboración del proyecto y contratar a otra consultora para que haga la verificación de que todo esté correcto, es una práctica utilizada en las obras públicas.
- En la observación N°2 se precisó que Proinversión elaboró el contrato de concesión y los documentos que la componen, omitiendo la inclusión de aspectos financieros que permitan mitigar el riesgo del financiamiento de proyecto, consistentes en: i) el requisito para el análisis de la situación financiera de los postores y de ser el caso de el mecanismo de verificación de lo afirmado en la declaración jurada, ii) la definición del límite y/o estructura de la tasa promedio ponderado anual de cierre financiero, iii) de la finalidad del Spread contenido en la fórmula del cálculo del PAO trimestral a ser pagado por el Estado.
- Adicionalmente es necesario, que una etapa previa, interna, antes de la suscripción del contrato, Proinversión contrate a un auditor externo para que verifique la idoneidad de las cláusulas y de otra parte el privado también contrate a un auditor que verifique las cláusulas (si lo considera necesario), y a través de esa verificación previa, encontrando un punto en común se pueda modificar o mejorar el contrato, con la finalidad de que no ocurra nuevamente lo sucedido en el Aeropuerto de Chinchero Cuzco.
- Recordemos que el proyecto del AICC se llevo a cabo con la Ley Marco del D. Leg. N° 1012 en el cual solo existía una sola fase, mediante la cual, se

llevaba a cabo todo el proceso de promoción de la inversión privada, un sistema bastante desordenado, con la promulgación de los D. Leg. N° 1024, N°1251, N°1262, y N° 1362, ya se establecieron 5 fases claramente definidas.

- Si bien existen lineamientos para cada fase, y por ese lado se ha superado algunos vacíos que existían, es importante la verificación de un externo a efectos de adoptar la decisión más viable.

Por todo lo expuesto, y considerando que el control posterior tiene como efecto una sanción de tipo administrativo, civil o penal, por el incumplimiento, queda claro que el control posterior no garantiza la ejecución del proyecto; sin duda es importante, que se lleven a cabo determinados filtros que permitan advertir oportunamente los riesgos, los mismos que son evidenciados durante la toma de decisiones; esto además, permitirá enmarcar claramente los espacios de responsabilidad de los funcionarios durante el control posterior, sobre todo en megaproyectos en donde se compromete altamente la capacidad financiera del Estado.

En caso de que esta propuesta resulte pertinente para las autoridades competentes podrá ser asumido como un instrumento técnico-normativo, que no constituye una norma jurídica, solo constituyen criterios orientadores, cuyo incumplimiento no genera responsabilidad.

Sin duda, el caso del Aeropuerto de Chinchero-Cuzco causó un efecto domino en el sistema y la relación del caso con la actualidad es el mensaje que quedó en el mercado originado por el daño que se causó por no haber adoptado oportunamente un adecuado control; lo que generó que se identifiquen los errores y/o riesgos en una etapa en la que no era posible ejecutar el proyecto, debido a aspectos técnicos estipulados en el contrato APP.

CONCLUSIONES

- El modelo de APP, antes de la legislación actual (D. Leg. N° 1362 y su reglamento) en materia normativa e institucional tuvo un cambio de enfoque, dada la necesidad de requerirse el aporte del privado en algunos sectores para el manejo gerencial y capacidad de financiar obras de infraestructura y servicios públicos, sin que ello suponga la pérdida de los activos del estado; sino más bien, la entrega en concesión durante un largo plazo.
- El diseño de los expedientes de APP empieza por la elaboración de un documento de gestión, esto es, el informe multianual de inversión privada, donde el Estado identifica de antemano que proyectos pueden llevarse a cabo vía APP o vía obra pública en base a una metodología preestablecida en los lineamientos de APP; debido a que, actualmente el D. Leg N°1362 Ley de APP cuenta con diversos lineamientos en cuanto al diseño de contratos de APP, así como para la elaboración de informe multianual y en general para el desarrollo de cada una de las fases de las APP, de todo este proceso de promoción de la inversión privada el ente encargado es Proinversión.
- El desarrollo de proceso de promoción de la inversión privada en el caso del Aeropuerto de Chinchero Cuzco fue ejecutado con el D. Leg. 1012, Ley Marco de Asociaciones Público Privados para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada y su reglamento, norma que sentó las bases en

materia de APP; aunque no se establecía un procedimiento ordenado y claro sobre el proceso de promoción de la inversión privada. No obstante, si bien se ha superado progresivamente la participación de los actores intervinientes, así como las fases que constituyen el proceso de promoción de la inversión privada, aún existe la necesidad de establecer medidas adicionales que permitan no solo evitar un perjuicio a futuro, sino también generar seguridad en los inversionistas privados.

- La CGR controla el estricto cumplimiento de la normatividad que le es impuesta a las entidades del Estado y a sus funcionarios, todo esto, en relación a la gestión y destino de los recursos, bienes y operaciones del Estado, el rol que cumple la CGR en el control previo y simultáneo es de vital importancia que tiene como finalidad evitar resultados dañosos al Estado peruano; sin embargo no debemos olvidar que durante el diseño del contrato y las bases del APP, la CGR solo emite un informe previo no vinculante, referido únicamente a aquellos aspectos que comprometen el crédito o la capacidad financiera del estado; en razón a ello es necesario adoptar medidas idóneas durante la fase de estructuración y transacción que nos permitan garantizar y privilegiar el proyecto.
- Por lo tanto, no debemos olvidar que la finalidad de la implementación de la modalidad APP es justamente mejorar la prestación de servicios públicos e infraestructura y en consecuencia beneficiar a los ciudadanos. Sin lugar a dudas, el contrato de concesión del Aeropuerto de Chinchero Cuzco parecía no cumplir con el objetivo de esta modalidad; no obstante, el fracaso de dicho proyecto tal y como se ha evidenciado en el presente trabajo de investigación, se produjo por una inadecuada elaboración del contrato APP, cuya responsabilidad es atribuible a el Organismo Promotor de la Inversión Privada.
- Atendiendo a estas consideraciones, si bien el TC ha declarado inconstitucional el catálogo de infracciones con el cual la CGR sancionaba, limitando de esta forma su actuación, dicha labor actualmente es asumida por la entidad audita; es por ello, que en tanto no se apruebe el Proyecto de

Ley presentado por CGR, es necesario que se adopten medidas preventivas y/o correctivas durante la elaboración del contrato APP y sus bases.

- Razón por la cual es necesario incorporar en las fases de estructuración y transacción del expediente técnico la participación de los auditores técnicos externos especializados y del OCI de Proinversión durante el proceso de promoción, con la finalidad de detectar oportunamente los posibles riesgos a materializarse durante la ejecución contractual, en una etapa en la cual no existe un perjuicio real para el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. Alarcón et. Al. (2017). *Derecho administrativo sancionador*. Lima, Perú: Pacífico editores SAC.
2. Alva, Carlos. H. (2017). *Ejecución de Obras Públicas mediante la Modalidad Asociación Público Privada (APP)*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
3. Alvarez, J. (2016). *Manual de procedimientos administrativos operativos (MAPRO)*. Lima, Perú: Pacífico editores SAC.
4. Amaya, C. F. (2016). De las potestades excepcionales en la contratación estatal colombiana: ¿instrumentos para la defensa del interés general o superposición de la administración?, Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales Latino américas. Pp.191-192. Recuperado de http://www.ilae.edu.co/Publicaciones/files/127674206_08.%20Carlos%20Amaya.pdf
5. Anacleto, V. (2017). *Guía de Procedimientos Administrativos*. Lima, Perú: Moreno S.A.
6. Anónimo (2016). Reglas y procedimientos para determinar la responsabilidad administrativa funcional. *Administración pública y control*, N° 28, p. 76-78.
7. Arbildo, K, J y Rengifo, M. M. (2017). *La prueba pre constituida del informe de control de la Contraloría General de la República y la contravención a la autonomía del Ministerio Público en el Distrito Fiscal de Coronel Portillo-Ucayali*. Tesis de pregrado. Recuperado de: <file:///C:/Users/Alondra/Desktop/TESIS-ASOCIACIONES%20PÚBLICO%20PRIVADAS/TESIS%20DE%20PRUEBA%20PRECOSNTITUIDA%20DE%20PUCALLPA.pdf>
8. Barreto, R. (2015). *De un modelo tradicional de Concesión a un esquema renovado de Asociación Público Privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura vial en Colombia*. Tesis de maestría. Recuperado de

<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11955/ESQUEMA%20RENOVADO%20DE%20APP.pdf?sequence=2>

9. Barbarán, G. (2015). La auditoría Gubernamental y su incidencia en el desarrollo de la gestión de las entidades públicas en el Perú. (Tesis doctoral). Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/b71d/83861d6d2d9e49029d45f7b59bdae4778ae5.pdf>
10. Cárcamo, J. (2017). El diseño e interpretación de los contratos de asociaciones público privadas. *Administración pública y control* N° 42, p. 5-9.
11. Cassagne, C. (2015). La Contratación Pública: Fronteras, Tensiones e Interrelación con el Derecho Privado en el Nuevo Escenario Contractual. *Derecho y Sociedad* 44. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14384>.
12. Cisneros, M. (2017). *La problemática de las Asociaciones Público Privadas en el Perú con ocasión a la cláusula anticorrupción*. (Tesis para optar el grado académico de maestro en Derecho Empresarial). Universidad de Lima, Lima.
13. Chavez, I. (2016). Política nacional de promoción de la inversión privada en asociaciones público privadas y proyectos en activos, ¿hacia dónde vamos?. *Administración pública y control* N° 28, p. 61-65.
14. Chinchero: Cronología para entender la obra que Cusco reclama desde hace 40 años. (04 de junio del 2018). Perú 21. Recuperado de <https://peru21.pe/lima/chinchero-cronologia-entender-obra-cusco-reclama-40-anos-77367>
15. Cornejo, R. (2016). *¿Cuánto vale una concesión?* Tesis de maestría. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9226/Cornejo_D%C3%ADaz_Cu%C3%A1nto_vale_una%20concesion.pdf?sequence=6
16. Cortez, J. C. (2019). La caducidad del procedimiento administrativo sancionador y sus alcances en la normativa que regula el procedimiento administrativo general. *Actualidad Jurídica*, p. 234-235.
17. Contraloría General de la República (2019). *Servicios y herramientas del Control Gubernamental documento de consulta para auditores, funcionarios y servidores públicos*. Recuperado de https://doc.contraloria.gob.pe/PACK_anticorrupcion/documentos/2_SERVICIOS%20Y%20HERRAMIENTAS%20DEL%20CONTROL%20GUBERNAMENTAL_2019.pdf
18. Escobal, E. (2017). Las APP en Perú: un caso de éxito mundial peligrosamente vulnerado en el país. *Administración pública y control* N° 42, p. 10-13.

19. Fidel, R. (2015). *Fundamentos del derecho administrativo sancionador*. Lima, Perú: Pacífico editores S.A.
20. Grupo de trabajo (2011). Referentes de la evolución del pensamiento administrativo en la legislación de contrataciones del Estado en el Perú, *Artículos estudiantiles*. Pp. 3-6. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2013/Articulos_estudiantiles/01-2011_evolucion_pensamiento_administrativo.pdf
21. Guzmán, C. (2017). *La responsabilidad administrativa funcional y disciplinaria: Reglas que está aplicando el Tribunal Superior de la Contraloría General*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
22. Guzmán, C. (2016). *Los procedimientos administrativos sancionadores: En las entidades de la Administración pública*. Lima, Perú: Gaceta jurídica.
23. Guzmán, C. (2013). *Manual del procedimiento administrativo general: Concordado con el D.S. N° 006-2017-JUS que aprueba el TUO de la Ley N° 27444, modificada por el DL N° 1272*. Lima, Perú, Pacífico editores SAC.
24. Hernández, Z y Rojas, D. (2018). *Control Simultáneo al Inspector o Supervisor de Obras Públicas Ejecutadas por contrata*. Tesis de Maestría. Recuperado de http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/2343/Zoila_Tesis_Maestria_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y
25. La Contraloría General de la República (2016). *Señalamiento y Determinación de Responsabilidades de Funcionarios Públicos y Control Gubernamental*. Recuperado de: file:///C:/Users/Alondra/Desktop/TESIS-ASOCIACIONES%20PÚBLICO%20PRIVADAS/DOCUMENTOS%20LUIGGI%20V.%20SANTY/rfp_mcg_m1_guía_metodológica.pdf
26. La Contraloría General de la República (2020). *Normas de Control*. Recuperado de: https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/CGRNew/as_contraloria/as_portal/Conoce_la_contraloria/Normatividad/NormasControl.
27. Illacutipa, B. (2018). *Incidencia de la Ley de Contrataciones del Estado en el Proceso de Adquisiciones de Bienes y Servicios de la Dirección Regional Agraria-Puno, Periodos 2015-2016*. Tesis de pregrado. Recuperado de http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/7098/Illacutipa_Calcina_Bertha_Maksely.pdf?sequence=1&isAllowed=y
28. León, J. A. (2016). El carácter no vinculante de las opiniones del OSCE y la responsabilidad administrativa funcional por actuación discrecional de los funcionarios. *Administración pública y control* N° 34, p. 41-46.
29. Lizárraga, V. (2018). El Derecho Administrativo Sancionador peruano. *Administración Pública y Control* N° 51, p. 5-8.

30. Mayhuire, S.A. (2018). El informe de Control como prueba preconstituida: ¿Conflicto con el debido procedimiento?. (Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo). Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13953/MAYHUIRE_SILVA_SOLEDAD_ANDREA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
31. Maraví, M, Harman, D., Huapaya, M., Maraví M., Mendoza, Milagros y Ruiz A. (2012). *Aspectos teóricos y prácticos de las Asociaciones Público Privadas en el Perú*. Lima, Perú: Ecb Editores.
32. Martín, R. (2013). El laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Círculo de Derecho Administrativo*, volumen 13, pp. 307-315. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13483/14110>.
33. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*. Recuperado de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUSDGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>
34. Morón, J. C. (2016). El carácter no vinculante de las opiniones del OSCE y la responsabilidad administrativa funcional por actuación discrecional de los funcionarios. *Administración pública & Control*, p. 41-46.
35. Morón, J. C. (2016). El principio de predictibilidad en el control judicial de la potestad sancionadora de la Administración Pública. *Administración pública & Control*, p. 41-46.
36. Ortega, I. (2016). El procedimiento administrativo sancionador de la Contraloría General de la República. ¿Vamos por buen camino? *Administración pública y control* N° 27, p. 14-18.
37. Organizaciones de la sociedad civil (OSC,2018). *Historia Repetida-Cómo fracasan las Asociaciones Público-Privadas*. Recuperado de <https://eurodad.org/files/pdf/5c45d8c243b06.pdf>
38. Paz, D. A. (2016). Alcances jurídicos del procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional. *Administración pública y control* N° 32, p. 34-37.
39. Paz, D. A. (2017). Responsabilidad administrativa funcional y la correcta labor del funcionario público. *Administración pública y control* N° 46, p. 16-18.
40. Ramírez, L. C. (2019). La inconstitucionalidad de la potestad sancionadora de la Contraloría. *Gaceta Constitucional*, p. 23-37.
41. Ramírez, C. (2015). *Adquisiciones de Bienes y Servicios para la defensa mediante contratos de Gobierno a Gobierno*. Tesis de pregrado Recuperado de: https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/2252/DER_027.pdf?sequence=1&isAllowed=y

42. Revollo, Rosa. M. (agosto, 2017). La Vacatio Sententiae en las Sentencias Exhortativas emitidas por el Tribunal Constitucional. *Ipsa Jure*, 38, p. 212-218.
43. Ruiz, A., Sarmiento, C., Sota, G. *Principales condiciones necesarias para la implementación de una Asociación Público Privada del sector salud en el Perú*. (Tesis para optar el título profesional de licenciado en Gestión). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
44. Rodríguez-Arana, J. La contratación del Sector Público como Política Pública. En Espinoza-Saldaña, E. (Ed.), *Tendencias actuales en Contratación Pública*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
45. Salas, P. P. (2018). Nuevo Reglamento de Infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional. *Administración pública y control* N° 53, p. 5-14.
46. Santy, L.V. (2017). El principio de legalidad en el derecho administrativo. *Gaceta Constitucional*, p. 189-197.
47. Santy, L.V (2019). La retroactividad benigna en el ámbito del derecho administrativo sancionador de las contrataciones públicas. *Actualidad Gubernamental*, p. 1-4
48. Santy, L.V (2019). Pronunciamiento del Tribunal Constitucional frente a la facultad sancionadora de la Contraloría General. *Gaceta Constitucional*, p. 38-48.
49. Santy, L.V (2017). Estudio práctico y jurisprudencial de los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador en la administración Pública a propósito de los cambios introducidos a la Ley N°27444 (Segunda Parte). *Actualidad Gubernamental*, p. 1-4
50. Santy, L.V (2016). Estudio práctico de los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador en la administración pública. *Revista del Foro* 103, p. 283-302.
51. Santy, L.V (2015). Estudio y análisis jurisprudencial de los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador. *Actualidad Jurídica* N°261, p. 251-260.
52. Santy, L.V (2019). Análisis a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. *Actualidad Gubernamental* N°128, p.1-6.
53. Santy y Gomero (2019). El principio de Tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones del Estado. *Dialogo con la Jurisprudencia*, p.293-301
54. Santy, L.V (2018). Deber de los funcionarios y servidores públicos de ejercer sus funciones con responsabilidad. *Administración Pública & Control* N°60, p. 15-21.
55. Santy, L.V (2018). Nuevos criterios en el procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional de la Contraloría General de la República. *Actualidad Gubernamental*, p.1-6.
56. Santy, L.V (2017). La responsabilidad administrativa funcional en el marco de la Contraloría General frente a la responsabilidad administrativa disciplinaria de SERVIR. *Actualidad Gubernamental*, p. 1-6.

57. Santy, L. V. (2017). El Derecho Administrativo Sancionador en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Administración pública y control* N° 41, p. 75-80.
58. Santy, L. V. (2019). La relación entre los principios de legalidad y tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador. *Actualidad Jurídica* N° 307, p. 208-217.
59. Santy, L. V. (2018). Nuevos acuerdos plenarios emitidos por el Tribunal superior de responsabilidades administrativas de la Contraloría General. *Administración pública y control* N° 57, p. 5-12.
60. Santy, L. V. y Rubina, J. C. (2019). *Control Gubernamental Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios y Servidores Públicos Auditoría de Cumplimiento*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
61. Sepúlveda, B. J. (2014). *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*. Tesis de maestría. Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/40945/1/285872.2014.pdf>
62. Shimabukuro, N. R. (2013). Algunos cuestionamientos al régimen de promoción de la inversión privada en los proyectos de inversión privada provenientes de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional. *Circulo de Derecho Administrativo*, número 13, pp. 104- 121. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13471/14098>.
63. Távara, R. (2016). El procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad funcional. *Administración pública y control* N° 30, p. 9-13.
64. Tirado, K. (2017). *Rol de la Contraloría General de la República en proyectos de inversión mediante Asociaciones Público Privadas (APP)*. (Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Empresarial). Universidad de Lima, Lima.
65. Vinatea, R. G. (2016). El principio de predictibilidad en el control judicial de la potestad sancionadora de la administración pública. *Administración pública y control* N° 27, p. 52-61.
66. Zambrano, E. (2009). Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. *Circulo de Derecho Administrativo*, volumen 7, pp. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/search/search?simpleQuery_input=apunts+sobre+la+fase+de+los+actos+preparatorios&simpleQuery=apunts+sobre+la+fase+de+los+actos+preparatorios&searchField=query.